

Ouvrage de référence dans les milieux judiciaire et universitaire, le rapport de la Cour de cassation est aussi un précieux instrument de travail pour les praticiens du droit.

Le rapport pour 2009 comporte, outre des suggestions de modifications législatives ou réglementaires, l'analyse des principaux arrêts et avis rendus au cours de l'année écoulée dans toutes les branches du droit privé, ainsi qu'une étude réalisée par des magistrats de la Cour de cassation sur le thème « les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation », œuvre collective dont le professeur Xavier Lagarde a assuré la mise en cohérence.

Le rapport présente également, pour l'année 2009, de manière détaillée, l'activité de la Cour de cassation ainsi que celle des juridictions et commissions instituées auprès d'elle.

Prix : 25 €
Imprimé en France
N°DF 5HC19080
ISBN : 978-2-11-007888-9

La Documentation française
29-31, quai Voltaire
75344 Paris Cedex 07
Téléphone : 01 40 15 70 00
Télécopie : 01 40 15 72 30
www.ladocumentationfrancaise.fr

PPA ■ PARIS



COUR DE CASSATION



2009



COUR DE CASSATION

Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation

RAPPORT ANNUEL 2009 DE LA COUR DE CASSATION

COUR DE CASSATION

2009



RAPPORT ANNUEL

*Les personnes vulnérables
dans la jurisprudence
de la Cour de cassation*

La
documentation
Française



RAPPORT ANNUEL 2009

*Les personnes vulnérables
dans la jurisprudence
de la Cour de cassation*

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

CODE DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE

Article R. 431-9 (décret n°2008-522 du 2 juin 2008) :

Il est fait rapport annuellement au président de la République et au garde des sceaux, ministre de la justice, de la marche des procédures et de leurs délais d'exécution.

Article R. 431-10 (décret n°2008-522 du 2 juin 2008) :

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

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

©La Documentation française, Paris, 2009

ISBN : 978-2-11-007888-9

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

Présidence :

- M. Bertrand Louvel, président de chambre, directeur du service de documentation, des études et du rapport

Secrétariat général :

- M. Éloi Buat-Ménard, auditeur au service de documentation, des études et du rapport

Première chambre civile :

- M. Christian Mellottée, premier avocat général
- Mme Catherine Bobin, conseiller référendaire

Deuxième chambre civile :

- M. Patrice Maynial, premier avocat général
- Mme Claire Coutou, conseiller référendaire
- M. Savinien Grignon-Dumoulin, conseiller référendaire
- M. Jean-Michel Sommer, conseiller référendaire

Troisième chambre civile :

- M. André Gariazzo, premier avocat général
- M. Laurent Jacques, conseiller référendaire

Chambre commerciale :

- Mme Cécile Petit, premier avocat général
- Mme Bénédicte Farthouat-Danon, conseiller référendaire

Chambre sociale :

- M. Jacques Duplat, premier avocat général
- Mme Laurence Pécaut-Rivolier, conseiller référendaire

Chambre criminelle :

- M. Christian Raysséguier, premier avocat général
- M. Jacques Mouton, avocat général
- Mme Pascale Labrousse, conseiller référendaire
- Mme Laurence Lazerges, conseiller référendaire
- M. Paul Chaumont, conseiller référendaire
- M. Fabrice Delbano, conseiller référendaire

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE SUGGESTIONS DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES	7
DEUXIÈME PARTIE DISCOURS	35
TROISIÈME PARTIE ÉTUDE	53
AVANT-PROPOS, par M. Xavier Lagarde	55
LES PERSONNES VULNÉRABLES DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION	73
QUATRIÈME PARTIE JURISPRUDENCE DE LA COUR	309
CINQUIÈME PARTIE ACTIVITÉ DE LA COUR	471



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 11 janvier 2010 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 2009.

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, 2007 et 2008 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, ou 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 suspendent la prescription aussi longtemps qu'ils durent.

Il convient d'ajouter qu'une Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale prévoit, pour sa part, en son article 8 que « les États membres veillent à ce que les parties qui choisissent la médiation pour tenter de résoudre un litige ne soient empêchées par la suite d'entamer une procédure judiciaire ou une procédure d'arbitrage concernant ce litige du fait de l'expiration des délais de prescription pendant le processus de médiation ».

Le *Rapport 2008* constatait que la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 avait 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.

Il était cependant relevé que ce texte n'avait pas envisagé l'hypothèse où les parties, sans recourir formellement à une procédure de médiation ou de conciliation, entament des

1. *Rapports* 1990, 1996, 1997, 2001, 2002, 2007, 2008.

pourparlers. Aussi était-il toujours proposé de modifier ainsi qu'il suit la rédaction de l'article L. 114-2 du code 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 des 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 de réception 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 Cour de cassation maintient sa proposition de modification qui n'a, jusqu'à présent, pas été suivie d'effet.

La directrice des affaires civiles et du sceau a indiqué que, compte tenu de la réforme récente du droit de la prescription en matière civile, il était difficile de modifier une nouvelle fois les règles en la matière, d'autant que la loi du 17 juin 2008 offre un dispositif permettant d'organiser la suspension de la prescription en cas de conciliation ou de médiation.

Résolution judiciaire du contrat de travail pour inaptitude

La Cour de cassation maintient sa proposition de modification de l'article L. 1126-20 du code du travail (anciennement article L. 122-32-9 dudit code) 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 être favorable à une modification de l'état du droit pour tenir compte de cette suggestion et précisé que cette volonté était partagée par la direction générale du travail, qu'elle avait saisie de cette question. Cette modification suppose toutefois que soit trouvé un véhicule législatif adapté.

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 prévoirait 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 répondrait donc aux suggestions de modifications de la procédure orale dont les limites avaient été soulignées dans

2. *Rapports* 2002, 2004, 2005 et 2008.

3. *Rapports* 2003, 2007 et 2008.

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 répondrait 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 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. 661-8 du code de commerce (ancien article L. 623-8 dudit code), 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 et du sceau a émis des réserves sur cette proposition, estimant qu'elle conduirait à considérer que le défaut d'avis au ministère public ne fait grief qu'à celui-ci et, ce faisant, à assimiler le parquet à une partie comme les autres.

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.

La directrice des affaires civiles et du sceau a indiqué que cette suggestion serait reprise sous la forme d'un amendement à la proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, actuellement en cours d'examen devant le Parlement.

La protection des conseillers prud'hommes⁷

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 et du sceau a indiqué que la direction générale du travail, qui a entamé une réflexion sur les élections prud'homales, a été saisie de cette question.

4. *Rapport* 2003, p. 17.

5. *Rapport* 2004, p. 14.

6. *Rapport* 2006, p. 13.

7. *Rapports* 2007 et 2008.

Abrogation de l'article 1792-4 du code civil⁸

La suggestion d'abroger, en raison de son imprécision et de son faible intérêt, l'article 1792-4 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 et du sceau a indiqué que le ministère chargé du logement avait été saisi de cette question.

Abrogation de l'article 370 de la loi du 16 décembre 1992⁹

Il a été suggéré, dans le *Rapport* 2008, d'abroger l'article 370 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, et de mettre ainsi 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.

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

Modification réglementaire des articles R. 2143-5, R. 2314-29 et R. 2324-25 du code du travail relatifs à la procédure d'examen des contestations des désignations de délégués syndicaux et des élections professionnelles par le juge d'instance¹⁰

L'application des articles R. 2143-5, R. 2314-29 et R. 2324-25 du code du travail ayant soulevé des difficultés tenant à la brièveté du délai d'avertissement des parties intéressées par la contestation et à la forme de cet avertissement réalisé par lettre simple, il a été proposé, dans le *Rapport* 2008, de modifier ainsi qu'il suit le troisième alinéa de l'article R. 2143-5 et le premier des deux autres articles :

« Il [Le tribunal] statue dans les vingt jours sans frais ni forme de procédure et sur avertissement donné dans les huit [quinze] jours à l'avance par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à toutes les parties intéressées. »

Un projet de décret réformant la procédure en matière de contentieux électoral professionnel est actuellement en cours d'examen. Cependant, il ne prévoit pas de modification répondant à la suggestion précitée.

Selon la directrice des affaires civiles et du sceau, si ces deux propositions sont intéressantes, elles suscitent des réserves compte tenu de l'allongement du délai de traitement des dossiers qu'elles emporteraient. La question du coût que représente pour les juridictions l'obligation d'avertir les parties par lettre recommandée avec avis de réception doit aussi être évaluée.

8. *Rapports* 2007 et 2008.

9. *Rapport* 2008.

10. *Rapport* 2008.

Recours contre les décisions rendues en matière d'élections professionnelles et de désignation des représentants syndicaux¹¹

Un projet de décret réformant la procédure en matière de contentieux électoral professionnel est actuellement en cours d'examen. Il prévoit l'ouverture d'un appel dans les différents contentieux électoraux, selon une procédure spéciale et rapide, ainsi que l'extension de la représentation obligatoire pour les pourvois formés dans cette matière.

Il répond ainsi aux suggestions présentées en ce sens dans le *Rapport* 2008.

Les délégués syndicaux supplémentaires¹²

Il était proposé, dans le *Rapport* 2008, de modifier l'article L. 2143-4 du code du travail en le complétant par les alinéas suivants :

« 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. »

« 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. »

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

La directrice des affaires civiles et du sceau a fait savoir que la direction générale du travail s'était montrée favorable à cette proposition. Celle-ci pourrait être reprise à l'occasion d'un prochain texte de loi portant modification du code du travail.

Sort des actes conclus par des représentants syndicaux ou des représentants du personnel dont le mandat a été annulé¹³

La loi ne prévoyant aucune disposition particulière quant à la validité des actes qui ont pu être conclus par un représentant dont la désignation ou l'élection est ultérieurement annulée, et l'annulation rétroactive de tels actes étant susceptible de créer une situation d'insécurité dangereuse pour les entreprises et les salariés, il était proposé, dans le *Rapport* 2008, 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. »

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

11. *Rapport* 2008.

12. *Rapport* 2008.

13. *Rapport* 2008.

La directrice des affaires civiles et du sceau a fait savoir que le ministère du travail s'était montré très sensible à cette question mais s'interrogeait sur l'étendue de la portée de la validation ainsi proposée.

Retenues sur salaires des cadres au forfait jours pour faits de grève de moins d'une journée ou demi-journée¹⁴

Il était proposé, dans le *Rapport 2008*, de préciser quel devait être, à défaut d'accord collectif, le mode de décompte des arrêts de travail et retenues pour fait de grève non comptabilisables en journée ou demi-journée applicable aux cadres soumis à une convention de forfait en jours. Il était suggéré d'intégrer dans le code du travail la solution adoptée sur ce point par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 13 novembre 2008 (*Bull.* 2008, V, n° 211, pourvoi n° 06-44.608) en ces termes : « 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. » Il était en outre proposé, dans ces conditions, de modifier l'article L. 212-15-3 III devenu L. 3121-45, 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.

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

La directrice des affaires civiles et du sceau estime qu'une telle proposition doit s'inscrire dans une réflexion globale, compte tenu de la grande variété des modalités d'organisation du temps de travail dans les entreprises, et a rappelé la vocation naturelle des partenaires sociaux de se saisir de cette question.

B – Suggestions nouvelles

Procédure civile

Modification des articles 978 et 1010 du code de procédure civile

Le décret n° 2008-484 du 22 mai 2008 a modifié l'article 978 du code de procédure civile en ramenant de cinq à quatre mois, à compter du pourvoi, le délai imparti au demandeur, dans les procédures avec représentation obligatoire, pour remettre au greffe de la Cour de cassation son mémoire ampliatif. Le demandeur doit, dans le même délai, notifier son mémoire aux avocats de ses adversaires. L'article 978 instaure un délai supplémentaire d'un mois pour signifier ce mémoire au défendeur en personne lorsque celui-ci n'a pas constitué avocat.

14. *Rapport 2008*.

Une difficulté est apparue dans l'hypothèse où le défendeur constitue avocat au cours de ce délai supplémentaire.

La logique de la procédure avec représentation voudrait qu'en ce cas le demandeur soit de nouveau tenu de notifier son mémoire à l'avocat de son adversaire, et non de le signifier directement à celui-ci. En effet, selon l'article 652 du code de procédure civile, dès lors qu'une partie a chargé une personne de la représenter, les actes de procédure doivent être signifiés à son représentant.

Une telle interprétation, qui permettrait d'épargner au demandeur les frais et difficultés d'une signification au défendeur en personne, semble cependant s'opposer à la lettre de l'article 978 qui, de façon spéciale, déroge aux dispositions générales de l'article 652, sans distinguer selon que le défendeur a, ou non, constitué avocat au cours du cinquième mois.

Aussi est-il proposé de modifier l'article 978 dont la dernière phrase du premier alinéa pourrait être ainsi rédigée :

« Si le défendeur n'a pas constitué avocat, le mémoire doit lui être signifié au plus tard dans le mois suivant l'expiration de ce délai ; cependant, si, pendant ce dernier mois, le défendeur constitue avocat avant la signification du mémoire, il est procédé par voie de notification à son avocat. »

Il conviendrait de prévoir une modification identique de l'article 1010 du code de procédure civile.

La directrice des affaires civiles et du sceau a fait savoir que cette proposition pourrait être concrétisée par un décret à paraître avant la fin du premier semestre 2010.

Baux d'habitation

Modification de l'article 15 I de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989

Ce texte prévoit la possibilité d'un délai de préavis réduit à un mois en faveur des bénéficiaires du revenu minimum d'insertion (RMI). Il serait opportun d'étendre cette disposition aux bénéficiaires du revenu de solidarité active (RSA).

La directrice des affaires civiles et du sceau a indiqué que cette suggestion figure à l'article 5 de la proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, actuellement en cours d'examen devant le Parlement.

Modification de l'article 17 c de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 relatif à la réévaluation du loyer manifestement sous-évalué au moment du renouvellement du bail

Il serait souhaitable de prévoir des dispositions favorables aux locataires âgés aux ressources modiques du type de celles que prévoit l'article 15 III de la même loi en matière de congé, avec la même contre-exception en faveur du bailleur âgé ou dont les ressources sont également modestes.

À la suite du dernier alinéa de l'article 17 c, il pourrait être ajouté :

« Ces dispositions ne sont pas opposables au locataire âgé de plus de 70 ans et dont les ressources annuelles sont inférieures à une fois et demie le montant annuel du salaire minimum de croissance, sans qu'un logement correspondant à ses besoins et à ses possibilités lui soit offert dans les limites géographiques prévues à l'article 13 *bis* de la loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948.

Toutefois, les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables lorsque le bailleur est lui-même une personne physique âgée de plus de 60 ans ou si ses ressources annuelles sont inférieures à une fois et demie le montant annuel du salaire minimum de croissance.

L'âge du locataire et celui du bailleur sont appréciés à la date d'échéance du contrat ; le montant de leurs ressources est apprécié à la date de notification de la proposition du nouveau loyer. »

La directrice des affaires civiles et du sceau est réservée et se demande si une telle proposition ne serait pas de nature à dissuader les bailleurs de louer leur bien à des locataires âgés.

Copropriété

Conditions dans lesquelles un juge peut habiliter un copropriétaire à l'effet de convoquer une assemblée générale

Certaines affaires examinées par la Cour de cassation (par exemple : 3^e Civ., 2 décembre 2009, pourvoi n° 08-19.870) font apparaître que le législateur, tout en recherchant un mode de traitement simplifié et rapide de telles demandes, a omis d'aligner l'article 50 du décret n° 67-223 du 17 mars 1967 sur d'autres textes relatifs au droit de la copropriété prévoyant une saisine du juge « en la forme des référés » et, donc, avec des pouvoirs de juge du fond pour le règlement de certains incidents.

C'est manifestement la forme de saisine qui s'impose pour l'habilitation à convoquer une assemblée générale, de sorte qu'il est suggéré de dire à l'article 50 susvisé que le président est saisi et statue non pas « en matière de référé » (ce qui implique que le juge n'a pas d'autres pouvoirs que ceux d'un juge des référés et peut ainsi rejeter une demande en cas de contestation sérieuse), mais « *comme* en matière de référé ».

La directrice des affaires civiles et du sceau a fait savoir qu'un décret, en cours d'élaboration, permettra de reprendre cette proposition.

Expropriation

Modification des articles R. 13-41 et R. 13-42 du code de l'expropriation relatifs aux notifications

À l'occasion de l'examen d'une affaire (3^e Civ., 17 juin 2009, *Bull.* 2009, III, n° 145, pourvoi n° 08-11.930) est apparu un problème d'articulation entre les articles R. 13-41 et R. 13-42 du code de l'expropriation sur les notifications.

Pour résoudre cette difficulté, il est suggéré la rédaction suivante :

« Article 1^{er}

L'article R. 13-41 du code de l'expropriation est remplacé par les dispositions suivantes :

“La notification des jugements et arrêts aux parties et au commissaire du gouvernement se fait conformément aux dispositions des articles 675 et suivants du code de procédure civile.

Les autres notifications prévues par le présent chapitre sont faites par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par acte extrajudiciaire. Elles peuvent être valablement faites aux représentants des parties.

Lorsque la notification du mémoire du demandeur a été faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et n'a pas touché son destinataire, il y est procédé à nouveau par acte extrajudiciaire.”

Article 2

L'article R. 13-42 du code de l'expropriation est abrogé. »

La directrice des affaires civiles et du sceau, qui trouve cette suggestion opportune, a indiqué qu'elle pourrait être reprise à l'occasion d'une modification réglementaire du code de l'expropriation.

Les actions possessoires

Suppression des actions possessoires

Les propositions de l'Association Henri-Capitant pour une réforme du droit des biens suggèrent notamment de supprimer les actions possessoires et, corrélativement, le principe du non-cumul du pétitoire et du possessoire.

Les multiples difficultés nées de l'application de ce principe et l'efficacité des procédures de référé actuelles permettent légitimement de justifier la suppression suggérée, la protection du trouble causé par une voie de fait relevant des attributions du juge des référés et le tribunal de grande instance statuant au fond sur le litige de propriété proprement dit.

La directrice des affaires civiles et du sceau s'est montrée favorable à cette suggestion qui correspond aux souhaits du garde des sceaux de simplification du droit.

Le contrat de travail

La rupture du contrat de travail conclu avec un agent de sécurité en cas de retrait de son agrément par l'autorité administrative

Une espèce jugée le 25 mars 2009 (Soc., 25 mars 2009, *Bull.* 2009, V, n° 86, pourvoi n° 07-45.686) a révélé une difficulté à ce sujet : la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 prévoit la rupture de plein droit du contrat de travail de l'agent de sécurité lorsque l'autorité administrative lui retire son agrément ; mais, lorsque cette décision de retrait est ensuite rapportée,

le licenciement notifié par application de la loi devient sans cause réelle et sérieuse et l'employeur est condamné. Ce dernier n'a alors pour seule ressource que d'engager la responsabilité éventuelle de l'État. Inversement, si la décision de retrait survient après qu'une décision irrévocable est survenue à propos du licenciement, pour le dire justifié par hypothèse, c'est cette fois le salarié qui est pénalisé puisqu'il aura perdu son emploi sans indemnisation alors que cela n'aurait pas dû être.

Ces difficultés pourraient être résolues en envisageant d'ajouter à l'article 6 de la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 un alinéa prévoyant qu'en cas de recours contre la décision administrative de retrait d'agrément le contrat de travail est suspendu, en précisant peut-être, par cohérence, au premier alinéa, que la rupture de plein droit du contrat de travail est acquise au terme du délai de recours. Une telle précision éviterait de plonger les employeurs dans la difficulté, et d'engager ensuite la responsabilité de l'État (mais il est vrai qu'elle vient contrarier le principe de l'exécution immédiate des décisions administratives).

Pour la directrice des affaires civiles et du sceau, cette question, qui concerne également d'autres catégories de salariés dont l'embauche est soumise à une autorisation administrative (les employés de casinos ou les assistantes maternelles par exemple), doit être examinée sous un angle plus général. Elle nécessite donc une réflexion approfondie.

Information des salariés quant au transfert de leur contrat de travail par application de l'article L. 1224-1 du code du travail (anciennement L. 122-12) en l'absence de représentants du personnel dans l'entreprise : transposition de la Directive 2001/23, du 12 mars 2001, article 7, alinéa 6 (elle-même ayant repris une précédente Directive 98/50, du 29 juin 1998)

Ce texte communautaire dispose que « les États membres prévoient que, au cas où il n'y aurait pas dans une entreprise ou un établissement de représentants des travailleurs pour des motifs indépendants de leur volonté, les travailleurs concernés doivent être informés préalablement :

- de la date fixée ou proposée pour le transfert ;
- du motif du transfert ;
- des conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert pour les travailleurs ;
- des mesures envisagées pour les travailleurs ».

Ce texte n'a pas été transposé. Notre droit interne ne fixe pas d'obligation d'information de la part de l'employeur dans un tel cas de figure. La chambre sociale a jugé en section (Soc., 18 novembre 2009, pourvois n° 08-43.397 et 08-43.398, en cours de publication) que les conditions d'une application directe n'étaient pas réunies. Il serait souhaitable que le droit interne se mette en conformité avec les exigences communautaires.

La directrice des affaires civiles et du sceau a indiqué que le ministère du travail est conscient de cette lacune qui sera comblée à l'occasion d'une prochaine modification législative du code du travail.

Droit à congés payés des salariés : transposition de la Directive 93/104/CE, du 23 novembre 1993, article 7, remplacée par la Directive 2003/88/CE, du 4 novembre 2003, depuis le 2 août 2004

L'article L. 3141-3 du code du travail réserve le droit à un congé payé au « salarié qui justifie avoir travaillé chez le même employeur pendant un temps équivalent à un minimum de dix jours de travail effectif ». Or un arrêt rendu le 20 janvier 2009 par la Cour de justice des Communautés européennes (affaires n° C-350/06 et C-520/06), statuant sur le cas d'un salarié qui se trouvait depuis plus d'un an en congé pour maladie, a exclu que le droit à un congé payé puisse être subordonné à l'accomplissement d'un temps de travail effectif minimal; il est ainsi relevé dans cette décision que « le droit au congé annuel payé conféré par la Directive 2003/88 elle-même à tous les travailleurs [...] ne peut être subordonné par un État membre à l'obligation d'avoir effectivement travaillé pendant la période de référence établie par ledit État ». Il est dès lors proposé de modifier l'article L. 3141-3 du code du travail qui n'est plus conforme au droit communautaire.

La directrice des affaires civiles et du sceau a fait savoir que le ministère du travail est conscient de cette incompatibilité qui sera réglée à l'occasion d'une prochaine modification législative du code du travail.

Élections professionnelles

Salariés mis à disposition

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a ouvert un droit d'option aux salariés « mis à disposition » qui devront choisir d'être électeurs soit chez leur employeur, soit dans l'entreprise d'accueil (articles L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1 du code du travail). Il est suggéré de compléter ces dispositions pour préciser les modalités d'exercice de ce droit, en déterminant notamment à quel moment et de quelle façon il doit être mis en œuvre.

Selon la directrice des affaires civiles et du sceau, cette question a pu être réglée par une circulaire de la direction générale du travail qui précise les modalités du choix.

Délai du dépôt du mémoire en demande en matière d'élections professionnelles

Un arrêt rendu le 11 février 2009 par la chambre sociale (*Bull.* 2009, V, n° 44, pourvoi n° 08-60.490) souligne une difficulté relative au point de départ du délai de dépôt du mémoire en demande en matière d'élections professionnelles. Au contraire de l'article 989 du code de procédure civile qui dispose, en matière de procédure sans représentation obligatoire, que le délai de trois mois prévu pour le dépôt du mémoire en demande court à compter de la remise ou de la réception du récépissé de la déclaration, l'article 1004 du même code, applicable en matière d'élections professionnelles, fait courir ce délai à compter de la déclaration de pourvoi.

La rigueur de la règle est cependant assouplie par la jurisprudence qui, de façon ancienne et *contra legem*, fait courir ce délai non du jour de la déclaration de pourvoi, mais du jour de la remise ou de l'envoi au demandeur du récépissé de la déclaration de pourvoi (Soc., 26 juillet 1984, *Bull.* 1984, V, n° 329, pourvoi n° 84-60.149).

Dès lors, en effet, que l'article 1001 du code de procédure civile impose de mentionner, dans le récépissé, la teneur des articles 1004 et 1005 et qu'il a été jugé, en matière de procédure sans représentation obligatoire transposable aux élections professionnelles,

qu'en l'absence de mention de ces textes le délai susvisé ne pouvait commencer à courir (1^{re} Civ., 4 novembre 1987, *Bull.* 1987, I, n° 277, pourvoi n° 85-03.039), la remise ou l'envoi du récépissé, qui assure l'information du demandeur au pourvoi, marque bien le point de départ de ce délai.

Les dispositions de l'article 1004 du code de procédure civile suscitant des difficultés d'interprétation en doctrine, une réforme de ce texte serait néanmoins souhaitable qui harmoniserait les règles.

La directrice des affaires civiles et du sceau a fait savoir qu'un projet de décret réformant la procédure en matière de contentieux électoral professionnel introduit devant la Cour de cassation une procédure avec représentation obligatoire, conformément à l'article 978 du code de procédure civile, assortie de délais réduits impartis pour la remise des mémoires, courant conformément aux règles de droit commun. Les nouvelles dispositions mettront ainsi fin aux difficultés évoquées.

Actes à l'étranger

Rétablir dans la loi l'exigence de légalisation des actes de l'état civil étrangers

L'examen par la première chambre civile le 4 juin 2009 (*Bull.* 2009, I, n° 115, pourvoi n° 08-10.962 et n° 116, pourvoi n° 08-13.541) de deux affaires posant la question de la légalisation d'actes de l'état civil étrangers a révélé que l'exigence de légalisation, destinée à authentifier la signature et la qualité de son auteur, n'avait plus de fondement légal en raison de l'abrogation de l'ordonnance royale d'août 1681 par une ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques (article 7 II 7^o) ratifiée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit.

Malgré cette abrogation, la première chambre civile a jugé que, sauf convention contraire, la formalité de la légalisation demeurerait obligatoire par l'effet de la coutume internationale.

Par nature évolutive, car tributaire de pratiques consulaires entre États qui peuvent elles-mêmes changer, la coutume peut varier dans le temps comme dans l'espace. L'exigence de légalisation risque de devenir ainsi plus incertaine alors que notre droit de la nationalité et de l'état civil requiert stabilité et sécurité juridique.

Aussi, un bon ordonnancement juridique gagnerait à voir réaffirmé, en droit positif, le principe de l'obligation de légalisation des actes de l'état civil étrangers.

La directrice des affaires civiles et du sceau s'est montrée très favorable au maintien de l'obligation de légalisation des actes de l'état civil. Elle estime nécessaire de se rapprocher du ministère des affaires étrangères et européennes pour étudier une modification législative en ce sens.

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 20 janvier 2010 afin d'examiner les suites éventuellement données aux propositions de réforme des textes de nature législative et réglementaire en matière pénale 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 2009.

A – Suivi des suggestions de réforme dans le domaine pénal

Extension de la représentation obligatoire devant la chambre criminelle

Cette proposition, régulièrement formulée depuis 2000¹⁵, n'a pas été suivie d'effet.

Lors de la réunion du 20 janvier 2010, le directeur des affaires criminelles et des grâces a indiqué que cette réforme, adoptée par le Sénat lors de l'examen de la loi du 5 mars 2007 sur l'équilibre de la procédure pénale, avait été rejetée en commission mixte paritaire à la suite de l'opposition de l'Assemblée nationale qui estimait notamment que l'intervention obligatoire d'un avocat aux Conseils risquait de limiter l'accès à la Cour de cassation.

Si l'examen d'une telle réforme devait être de nouveau envisagé, il devrait s'inscrire dans la réforme à venir du code de procédure pénale.

Modification de l'article 223-15-2 du code pénal¹⁶

L'article 223-15-2 du code pénal, issu de la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 qui a corrélativement abrogé l'article 313-4 du même code, incrimine l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'un mineur ou d'une personne vulnérable. Pour que le délit soit constitué, ce texte exigeait que la minorité ou la particulière vulnérabilité de la victime soit « apparente **et** connue de son auteur ». Le bureau de la Cour de cassation avait proposé au *Rapport annuel* 2005 (p. 17) de substituer aux mots « dont la vulnérabilité est apparente **et** connue de son auteur » les mots « apparente **ou** connue de son auteur ».

Cette modification a été réalisée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

Modification de l'article 695-12 2° du code de procédure pénale¹⁷

Cette proposition consistant à substituer, à l'article 695-12 2°, aux mots « quatre mois d'emprisonnement » les mots « quatre mois de privation de liberté » a été reprise par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

15. *Rapport* 2000, p. 23, *Rapport* 2001, p. 18, *Rapport* 2002, p. 12, *Rapport* 2003, p. 12, *Rapport* 2004, p. 9, *Rapport* 2005, p. 9, *Rapport* 2008, p. 17.

16. *Rapport* 2005, p. 17, *Rapport* 2008, p. 17.

17. *Rapport* 2005, p. 21, *Rapport* 2008, p. 18.

Modification de l'article 623 du code de procédure pénale¹⁸

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 cependant indiqué que cette proposition figurait dans la dernière proposition de loi de simplification et de clarification du droit votée en première lecture par l'Assemblée nationale le 3 décembre 2009 (article 103). Toutefois, à la suite de l'avis du Conseil d'État rendu sur ce texte, il a été précisé que la décision du président devrait être motivée.

Modification de l'article 308 du code de procédure pénale¹⁹

Cette proposition, consistant à permettre l'utilisation ultérieure devant la commission de révision d'enregistrements de débats judiciaires, a été reprise par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

Modification de la législation sur la conservation des scellés²⁰

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

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a indiqué qu'il était favorable, dans certains cas, à la nécessité d'une décision du parquet avant la destruction ou l'aliénation à l'État d'un scellé conformément à l'article 41-4 du code de procédure pénale. Il estime cependant que, compte tenu de la charge pouvant résulter de cette nouvelle contrainte, il est préférable de limiter cette obligation aux affaires criminelles (ayant abouti à condamnation) qui sont par nature les plus susceptibles de faire l'objet d'une demande de révision. Une disposition décrétable ainsi rédigée pourrait être envisagée :

« D. 15-4-1 – Pour l'application des dispositions [du troisième alinéa] de l'article 41-4 du présent code, les objets placés sous scellés dans le cadre d'une procédure criminelle ayant abouti à une condamnation et non restitués ne peuvent faire l'objet d'une aliénation à l'État [ou d'une destruction] sans une décision préalable du procureur de la République ou du procureur général, qui vérifie, au regard des éléments de la procédure, s'il existe une probabilité non négligeable que la condamnation fasse l'objet d'une demande de révision. »

Cependant, l'ampleur des réformes envisagées par le nouveau garde des sceaux n'a pas permis de faire cette proposition au nouveau cabinet. Cette question pourra être revue lors de la refonte de l'ensemble du code de procédure pénale.

18. *Rapport 2007*, p. 20, *Rapport 2008*, p. 19.

19. *Rapport 2007*, p. 21, *Rapport 2008*, p. 19.

20. *Rapport 2007*, p. 21, *Rapport 2008*, p. 19.

Modification de l'article 222-13 du code pénal²¹

Il était suggéré au *Rapport 2008*, dans un souci de cohérence et d'efficacité de l'intervention judiciaire, de compléter l'article 222-13 4^o bis du code pénal afin 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 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.

Cette proposition figure dans la dernière proposition de simplification et de clarification du droit votée en première lecture par l'Assemblée nationale le 3 décembre 2009 (article 103).

Modification de l'article 224-4 du code pénal²²

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, si une personne arrêtée, enlevée, détenue ou séquestrée l'a été comme otage soit pour préparer ou faciliter la commission d'un crime ou d'un délit, soit pour favoriser la fuite ou assurer l'impunité de l'auteur ou du complice d'un crime ou d'un délit, soit pour obtenir l'exécution d'un ordre ou d'une condition, notamment le versement d'une rançon, les coupables encouruent une peine de trente ans de réclusion criminelle. Une telle prise d'otage devient cependant un délit puni de dix ans d'emprisonnement dès lors que la personne prise en otage a été libérée volontairement avant le septième jour depuis celui de son appréhension.

Il était relevé, dans le *Rapport 2008*, que 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. Afin de retrouver une plus grande cohérence dans l'échelle des peines encourues, il était suggéré de modifier l'article 224-4 du code pénal en ne prévoyant la diminution de la peine encourue qu'en cas de prise d'otage avec ordre ou condition.

Cette proposition figure dans la dernière proposition de simplification et de clarification du droit votée en première lecture par l'Assemblée nationale le 3 décembre 2009 (article 107).

Modification de l'article 227-3 du code pénal²³

Il était proposé, dans le *Rapport 2008*, d'adapter l'article 227-3 du code pénal en remplaçant la référence aux titres V, VI, VII et VIII du livre 1^{er} du code civil par une référence

21. *Rapport 2008*, p. 19.

22. *Rapport 2008*, p. 20.

23. *Rapport 2008*, p. 20.

au titre IX du même livre réglant les conséquences du divorce pour les enfants depuis la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

Cette proposition a été mise en œuvre par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

Modification de l'article L. 121-3 du code de la route²⁴

Il était proposé, dans le *Rapport* 2008, de modifier le 3^e alinéa de l'article L. 121-3 du code de la route 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.

L'article L. 121-3 du code de la route a été modifié par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, dans le sens ainsi préconisé.

Modification de l'article 2-1 du code de procédure pénale²⁵

Il était proposé, dans le *Rapport* 2008, de modifier l'alinéa 2 de l'article 2-1 du code de procédure pénale afin qu'en cas de décès de la victime ses ayants droit puissent consentir à la constitution de partie civile d'une association se proposant de lutter contre le racisme.

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

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a indiqué qu'elle figurait cependant dans la dernière proposition de loi de simplification et de clarification du droit. Cependant, le Conseil d'État, saisi de cette proposition de loi, a estimé que cette disposition ne constituait pas une mesure de simplification mais une réforme de fond en matière d'engagement de l'action publique et de transmission des droits d'une personne à ses héritiers. Il a également considéré que cette innovation appelait une réflexion non seulement sur les dispositions de l'article 2-1 du code de procédure pénale, mais encore sur celles des articles suivants qui régissent l'intervention des associations dans d'autres domaines.

Compte tenu de l'avis du Conseil d'État, cette disposition a été supprimée de la proposition de loi lors de son examen en commission, sur amendement de son auteur. Elle pourrait toutefois figurer, de manière générale, dans les dispositions générales du futur code de procédure pénale relatives à la constitution de partie civile des associations (accord d'un ayant droit nécessaire en cas de décès de la victime, lorsque l'accord de celle-ci est exigée, sauf opposition d'un autre ayant droit).

Modification de l'article 181 du code de procédure pénale²⁶

Il était proposé, dans le *Rapport* 2008, de modifier 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.

24. *Rapport* 2008, p. 21.

25. *Rapport* 2008, p. 21.

26. *Rapport* 2008, p. 22.

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

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a fait savoir toutefois qu'une disposition proche de celle envisagée figurait dans la dernière proposition de loi de simplification et de clarification du droit. Elle prévoyait la saisine du juge des libertés et de la détention lorsque le juge d'instruction souhaitait maintenir l'accusé en détention après l'ordonnance de mise en accusation. Lors de l'examen de cette proposition de loi par le Conseil d'État, celui-ci a estimé que cette disposition était de nature à entraîner des difficultés pratiques et procédurales et ne répondait à aucune difficulté pratique. Elle a donc été ôtée de la proposition de loi lors de son examen en commission, sur amendement de son auteur. Compte tenu de la réforme du code de procédure pénale en cours, cette problématique devra sans doute être revue à la lumière de la nouvelle architecture de la procédure pénale.

Modification de l'article 367 du code de procédure pénale²⁷

Il était proposé, dans le *Rapport 2008*, de modifier 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.

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

Cette proposition figure dans la dernière proposition de simplification et de clarification du droit votée en première lecture par l'Assemblée nationale le 3 décembre 2009 (article 107).

Modification de l'article 505-1 du code de procédure pénale²⁸

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 contradictoirement, une ordonnance de non-admission d'appel non susceptible de recours.

Il était proposé, dans le *Rapport 2008*, 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.

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

Le directeur des affaires criminelles et des grâces s'est montré favorable à cette proposition qui pourrait être reprise dans le futur code de procédure pénale, tout en indiquant que la possibilité de rétractation d'une ordonnance pour faits nouveaux pourrait peut-être être justifiée dans d'autres hypothèses.

27. *Rapport 2008*, p. 22.

28. *Rapport 2008*, p. 22.

Modifications législatives et réglementaires destinées à accroître l'utilisation de la visioconférence²⁹

Il était proposé, dans le *Rapport 2008*, 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.

La loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 a procédé à la modification de l'article 706-71 du code de procédure pénale en ce sens.

B – Suggestions nouvelles

L'incrimination de la poursuite de travaux malgré une décision de la juridiction administrative ordonnant qu'il soit sursis à l'exécution du permis de construire

Par son arrêt du 13 février 2009 (*Bull.* 2009, Ass. plén., n° 1, pourvoi n° 01-85.826), consécutif à la première constatation – à l'unanimité – par la Cour européenne des droits de l'homme de la violation par la France de l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux termes duquel : « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international » (CEDH, 10 octobre 2006, arrêt *Pessino c. France*, requête n° 40403/02), l'assemblée plénière a décidé que, par application du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale posé par l'article 111-4 du code pénal, la poursuite de travaux malgré une décision de la juridiction administrative ordonnant qu'il soit sursis à l'exécution du permis de construire n'est pas constitutive de l'infraction de construction sans permis prévue par l'article L. 480-4 du code de l'urbanisme.

En l'espèce, le permis de construire délivré à l'intéressé ayant été déféré devant la juridiction administrative, celle-ci a ordonné qu'il soit sursis à son exécution. L'intéressé, qui avait poursuivi les travaux postérieurement à la notification qui lui avait été faite de cette décision, a été condamné par le tribunal correctionnel sur le fondement de l'article 480-3 du code de l'urbanisme pour avoir exécuté ces travaux malgré le jugement ayant ordonné le sursis.

Saisie par le prévenu, la cour d'appel, retenant que le jugement du tribunal administratif n'avait été suivi d'aucun arrêté prescrivant l'interruption des travaux, a requalifié les faits et déclaré celui-ci coupable du délit de construction sans permis prévu par l'article L. 480-4 du code de l'urbanisme, dès lors que, le permis étant suspendu du fait de la décision de sursis à exécution dont il avait été avisé, il était tenu d'interrompre les travaux.

L'assemblée plénière a décidé qu'en statuant ainsi la cour d'appel avait violé les articles 111-4 du code pénal et L. 480-4 du code de l'urbanisme.

Il apparaît, en effet, qu'à l'époque où ils ont été commis aucun texte législatif ou réglementaire n'incriminait spécifiquement les faits reprochés au prévenu et que la jurisprudence,

29. *Rapport 2008*, p. 23.

assimilant à la construction sans permis celle réalisée avant son obtention, après son refus, en vertu d'un permis annulé, retiré, périmé ou obtenu par fraude, ne pouvait, sauf application extensive prohibée par l'article 111-4 du code pénal, être appliquée au cas d'espèce, le sursis à exécution, qui n'entraîne que la suspension du permis de construire, ne pouvant être assimilé à une absence de titre.

En conséquence, l'assemblée plénière a prononcé une cassation sans renvoi en vertu de l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire, les faits n'étant susceptibles d'aucune qualification pénale.

Par conséquent, il paraît nécessaire de prévoir une incrimination spécifique de la poursuite de travaux en dépit d'une décision de la juridiction administrative ordonnant qu'il soit sursis à l'exécution du permis de construire.

Lors de la réunion du 20 janvier 2010, le directeur des affaires criminelles et des grâces a fait savoir qu'il était favorable à la création de cette incrimination qui permettrait de combler le vide juridique mis en évidence le 3 février 2009 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation. La situation de fait concernée n'est, en effet, pas constitutive de l'infraction de poursuite de travaux malgré interruption (article 480-3 du code de l'urbanisme) ni de celle de construction sans permis (article 480-4 du même code). Or, il apparaît nécessaire de pénaliser ce comportement qui procède du même esprit que la poursuite de travaux malgré interruption et devrait être sanctionné de la même manière.

Mise en conformité de divers textes relatifs aux visites et saisies domiciliaires avec l'arrêt Ravon de la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt du 21 février 2008 (affaire Ravon et autres c. France, requête n° 18497/03) ainsi que dans d'autres arrêts ultérieurs de moindre importance, a décidé que le système français des visites et saisies domiciliaires prévu par l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales était contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, notamment à l'article 6 § 1.

Ces arrêts sont à l'origine de plusieurs réformes ayant eu pour but de satisfaire les revendications des administrations demanderesse de ces visites et saisies qui leur permettent d'obtenir des preuves, mais aussi d'accroître les droits de la défense et de créer ou mieux organiser les recours en précisant leur nature civile ou pénale, ce qui a des conséquences sur l'organisation des juridictions d'appel et de cassation. Sur ce dernier aspect organisationnel, le premier président de la Cour de cassation a décidé, par ordonnance du 19 octobre 2009, que la chambre commerciale était compétente pour les pourvois régis par le code de procédure civile, la chambre criminelle étant compétente pour ceux régis par le code de procédure pénale.

Des textes anciens ne sont toujours pas conformes aux exigences de l'arrêt Ravon notamment parce qu'ils ne prévoient pas d'appel. D'autres récents n'indiquent pas la nature civile ou pénale du code de procédure régissant les recours. Ces textes nécessitent une mise à jour, s'inspirant des textes « pilotes » que sont en matière civile l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales tel qu'issu des lois des 4 août et 30 décembre 2008, et en matière pénale l'article L. 450-4 du code de commerce issu de l'ordonnance du 13 novembre 2008.

Nonobstant l'éventuelle harmonisation des différents textes relatifs aux visites et saisies domiciliaires, il apparaît *a minima* nécessaire de préciser pour les textes suivants la nature civile ou pénale du code de procédure régissant le pourvoi : l'article L. 8271-13 du code du travail et l'article L. 232-19 du code du sport.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a expliqué que, si l'ordonnance n° 2009-375 du 1^{er} avril 2009 avait permis d'adapter certaines procédures, comme celle figurant à l'article L. 5411-3 du code de la santé publique, le Conseil d'État avait décidé de disjoindre de l'ordonnance les dispositions du code du sport en considérant qu'une adaptation n'était pas nécessaire dans la mesure où les deux régimes de contrôle, administratif et pénal, étaient bien dissociés et que le contrôle administratif ne prévoit pas de recours à une ordonnance du juge.

S'agissant du code du travail, le directeur a indiqué que l'article L. 8271-13 prévoit des visites domiciliaires et perquisitions menées au cours d'une enquête préliminaire et par des officiers et agents de police judiciaire. Cela renvoie, selon lui, naturellement au code de procédure pénale. Toutefois, le renvoi n'est pas explicite, et il semble de ce fait insuffisant vis-à-vis des exigences de l'arrêt Ravon.

Le dernier alinéa de cet article n'apparaît pas de nature à préciser les voies de recours ouvertes aux intéressés ni le régime procédural qu'elles suivent. Aussi conviendrait-il de renvoyer directement aux dispositions du code de procédure pénale en les visant.

Modification de l'article 226-10 du code pénal

L'article 226-10, alinéa 2, du code pénal, incriminant la dénonciation calomnieuse, prévoit que : « La fausseté du fait dénoncé résulte nécessairement de la décision, devenue définitive, d'acquiescement, de relaxe ou de non-lieu déclarant que la réalité du fait n'est pas établie ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée. »

Cette position reprend celle de la chambre criminelle avant même la réforme du code pénal de 1994. Ainsi, selon celle-ci (par exemple : Crim., 16 novembre 1993, *Bull. crim.* 1993, n° 340, pourvoi n° 93-80.990 ; Crim., 20 février 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 80, pourvoi n° 95-80.477), la fausseté des faits dénoncés résultait nécessairement d'une décision définitive de relaxe au bénéfice du doute.

Or, en pratique, cette impossibilité, pour la personne dénonciatrice, de bénéficier du fait que la fausseté de sa dénonciation n'est pas acquise aboutit à un résultat très dommageable. Dans les conflits d'ordre privé, la dénonciation de violences, notamment sexuelles, qui ne sont ensuite pas établies, faute de témoins ou d'autres éléments extérieurs, entraîne, pour celui qui a dénoncé, le risque d'une condamnation pénale, la loi postulant que la fausseté du fait dénoncé est alors acquise et qu'elle ne pouvait qu'être connue de ce dénonciateur.

Pour éviter cette conséquence, il conviendrait que l'article 226-10, alinéa 2, soit rédigé de telle manière que la fausseté du fait dénoncé ne résulte nécessairement que de décisions, devenues définitives, d'acquiescement, de relaxe ou de non-lieu déclarant que le fait n'a pas été commis ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a fait savoir que cette proposition était reprise dans la proposition de loi renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes qui devrait être examinée prochainement par l'Assemblée nationale.

Modification des peines prévues en matière de harcèlement sexuel et de harcèlement moral

Les délits de harcèlement sexuel et de harcèlement moral sont punis à la fois par le code pénal et par le code du travail. Le premier est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende par l'article 222-33 du code pénal et d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende par l'article 1152-1 du code du travail.

Le second est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende par l'article 222-33-2 du code pénal et d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende par l'article 1152-1 du code pénal. Même si ce décalage n'entraîne pas de difficultés pratiques particulières, les faits étant poursuivis sous leur qualification pénale la plus haute, la cohérence des textes rendrait nécessaire que les mêmes peines d'amende soient prévues par le code pénal et par le code du travail.

Par ailleurs, l'affichage et la publication de la décision sont fréquemment prononcés à tort par les juges en matière de harcèlement moral. Or, ces peines complémentaires ne sont pas prévues par les articles 222-33-2, 222-44 et 222-45 du code pénal. Ces erreurs conduisent à penser que de telles peines, fréquemment prévues en matière de droit pénal du travail, seraient adaptées dans ce domaine du harcèlement moral au travail.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a fait savoir que cette proposition pourrait aussi être reprise dans la proposition de loi renforçant la protection des victimes et la prévention et la répression des violences faites aux femmes.

Modification de l'article 706-71 du code de procédure pénale

Les possibilités de recourir à la vidéoconférence devant la chambre de l'instruction pourraient être utilement étendues.

Les articles 706-119 et suivants du code de procédure pénale ont organisé la procédure applicable en matière d'irresponsabilité mentale pour cause de trouble mental. Désormais, au cours de cette procédure, la chambre de l'instruction doit, en application de l'article 706-122 du code de procédure pénale, entendre les experts et les témoins cités par les parties et par le ministère public. Or, l'organisation de ces audiences, la décision de la chambre de l'instruction devant survenir dans un délai de quatre mois en matière correctionnelle et de six mois en matière criminelle, risque d'être très lourde, notamment pour assurer la présence effective des experts. Il serait, sur ce point, utile que l'article 706-71 du code de procédure pénale prévoie la possibilité de recourir à un moyen de télécommunication audiovisuelle.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a fait connaître qu'il n'avait pas d'opposition à cette proposition. S'agissant de l'audition des experts et non de la personne poursuivie, et l'article 706-140 renvoyant à un décret d'application, cette précision pourrait sans doute être faite dans les articles « D » du code de procédure pénale, en complétant le projet

de décret complémentaire sur l'irresponsabilité pénale actuellement soumis pour avis au ministère de la santé.

Modification de l'article 194 du code de procédure pénale

Il apparaît opportun d'introduire un délai d'examen, par la chambre de l'instruction, de l'appel d'une ordonnance de placement sous contrôle judiciaire ou de refus de placement sous contrôle judiciaire.

L'examen des pourvois montre que le contrôle judiciaire est souvent assorti d'obligations particulièrement astreignantes, notamment d'interdiction professionnelle ou de cautionnement. Alors que la chambre de l'instruction doit statuer dans un délai de vingt jours si elle est directement saisie d'une demande de mainlevée partielle ou totale du contrôle judiciaire (article 148-2, alinéa 2, du code de procédure pénale), l'examen du recours n'est soumis à aucun délai en cas d'appel d'une décision du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention en matière de contrôle judiciaire.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces s'est montré favorable à cette proposition qui pourrait être reprise dans le futur code de procédure pénale.

Modification de l'article 185 du code de procédure pénale

Il serait souhaitable de soumettre l'appel du procureur général aux mêmes formalités que l'appel du procureur de la République et des parties.

Cette harmonisation a d'ores et déjà été réalisée, pour l'article 505 du code de procédure pénale, par l'article 73 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 qui a notamment supprimé l'exigence d'une signification aux parties de l'appel formé par le procureur général à l'encontre d'un jugement en matière correctionnelle ; à l'instar du procureur de la République et des parties, le procureur général forme désormais son appel par déclaration au greffe. En revanche, l'article 185 du code de procédure pénale prévoit toujours que l'appel par le procureur général d'une ordonnance du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention doit être signifié aux parties. En l'absence de justification de ce régime juridique particulier, il serait souhaitable de modifier l'article 185 en prévoyant un appel par déclaration au greffe.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces s'est montré favorable à cette proposition qui pourrait être elle aussi reprise dans le futur code de procédure pénale, sauf à faire l'objet d'un amendement à la proposition de loi de simplification du droit actuellement devant le Sénat.

Modification de l'article 470-1 du code de procédure pénale

Par arrêt du 22 septembre 2009 (pourvoi n° 08-83.166), la chambre criminelle a rappelé que la cour d'appel statuant sur les seuls intérêts civils, en vertu de l'article 470-1 du code de procédure pénale, ne pouvait faire application de l'article 700 du code de procédure civile, étranger aux procédures suivies devant les juridictions répressives. Par ailleurs, la juridiction répressive ne peut, dans ce cas, faire application de l'article 475-1 du code de procédure pénale qui ne permet que la condamnation de l'auteur de l'infraction à payer à la partie

civile la somme qu'il détermine, au titre des frais non payés par l'État et exposés par lui. Une modification de l'article 470-1 destinée à combler cette lacune serait donc souhaitable.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces s'est montré favorable à cette proposition qui pourrait être reprise dans le futur code de procédure pénale.

Modification de l'article 720-1-1 du code de procédure pénale

L'article 720-1-1 du code de procédure pénale organise la suspension de la peine d'emprisonnement pour motif médical. Il est prévu par le texte que celle-ci n'est pas possible lorsqu'il existe un risque grave de renouvellement de l'infraction. En revanche, alors que le juge de l'application des peines peut mettre fin à cette suspension lorsque le motif médical disparaît ou lorsque le condamné ne respecte pas les obligations qui lui ont été imposées par la juridiction qui a ordonné la suspension de peine, il n'est pas prévu la possibilité de mettre fin à cette suspension lorsqu'il apparaît, au cours de cette période, un risque grave de renouvellement de l'infraction.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces s'est montré favorable à cette proposition qui pourrait être reprise dans le futur code de procédure pénale ou dans le projet de loi sur la récidive criminelle.

Modification de l'article 732 du code de procédure pénale

Par arrêt du 10 juin 2009 (*Bull. crim.* 2009, n° 121, pourvoi n° 08-87.096), la chambre criminelle a jugé qu'il résultait des articles 712-7, 712-8, 712-12 et 712-13 du code de procédure pénale que le juge de l'application des peines était compétent en première instance pour prendre les décisions modifiant ou refusant de modifier les obligations de la libération conditionnelle fixées par le tribunal de l'application des peines. Il faut souligner que cette solution adoptée par la Cour de cassation est celle qui résulte des travaux parlementaires.

Cette affaire a cependant fait apparaître que les dispositions précitées de l'article 712-8 n'ont pas entraîné l'adaptation de l'article 732, dernier alinéa, du code de procédure pénale qui prévoit que, pendant toute la durée de la libération conditionnelle, les dispositions de la décision peuvent être modifiées, suivant les distinctions de l'article 730 du code de procédure pénale, soit par le juge de l'application des peines compétent pour mettre en œuvre la procédure, soit, sur proposition du magistrat, par le tribunal de l'application des peines.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a indiqué que cette coordination pourrait être ajoutée par voie d'amendement au Sénat dans la proposition de loi de simplification du droit.

Pourvois formés à l'encontre des décisions de la juridiction de proximité

Il apparaît hautement souhaitable de réformer les dispositions de l'article 546 du code de procédure pénale en étendant le droit d'appel à toute la matière contraventionnelle. En faveur de cette solution militent plusieurs raisons : le fait que ces juridictions connaissent des principaux contentieux routiers de masse, le fait que les juges de proximité commettent incontestablement beaucoup plus d'erreurs de droit que les juges d'instance, et enfin le fait

qu'il n'est pas nécessairement du rôle premier de la Cour de cassation de consacrer tant de temps au traitement de ce contentieux contraventionnel de petite police.

Il existe, certes, un risque de générer un surcroît de charges pour les cours d'appel mais l'incidence de cette réforme sera néanmoins limitée par le fait que, désormais, ces appels sont pris en juge unique (article 547 du code de procédure pénale). Une étude d'impact serait, au préalable, opportune.

Pour le directeur des affaires criminelles et des grâces, si elle devait être retenue, cette proposition, qui soulève toutefois des problèmes de moyens, aurait sa place dans le futur code de procédure pénale.

Encadrement juridique des autopsies judiciaires

Dans le cadre de la restitution du corps à la suite d'une autopsie médico-légale, la question du sort des prélèvements humains réalisés aux fins d'analyse se pose.

La chambre criminelle a jugé dans un arrêt du 3 avril 2002 (*Bull. crim.* 2002, n° 75, pourvoi n° 01-81.592) que les prélèvements réalisés sur le corps du défunt aux fins de recherches et d'analyse médico-légales pour les nécessités d'une information ne constituaient pas des objets susceptibles de restitution au sens de l'article 99 du code de procédure pénale.

Si la question de la restitution de prélèvements de tissus ne se pose pas, ceux-ci étant le plus souvent détruits après analyse, les demandes de restitution d'organes soulèvent des enjeux humains majeurs touchant tant à la dignité de l'être humain qu'à des considérations morales.

Il y a là, dans le silence des textes, une opportunité de légiférer en la matière.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a exposé qu'en l'état de la législation et de la jurisprudence de la Cour de cassation aucune restitution d'organes placés sous scellés à l'issue d'une autopsie judiciaire n'est en effet juridiquement possible, en application tant des dispositions de l'article 99 du code de procédure pénale que du principe de non-patrimonialité du corps humain posé au troisième alinéa de l'article 16 du code civil.

Conscients des enjeux humains majeurs qui entourent ces demandes de restitution, les services de la chancellerie mènent actuellement des réflexions au sein d'un groupe de travail interministériel sur les scellés, afin d'examiner de façon approfondie l'opportunité de légiférer en la matière. Les solutions retenues pourraient être intégrées dans le futur code de procédure pénale.

Exercice de l'action civile au nom d'une association étrangère

La chambre criminelle avait jugé (Crim., 16 novembre 1999, *Bull. crim.* 1999, n° 260, pourvoi n° 96-85.723) que les associations étrangères doivent se soumettre, pour obtenir la capacité d'ester en justice, aux formalités de l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1905 auxquelles toute association française ou étrangère doit se soumettre pour obtenir la qualité d'ester en justice et que l'exigence d'une telle formalité ne constitue pas une discrimination au sens des articles 6 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Cette jurisprudence a été condamnée par la Cour de Strasbourg par un arrêt du 15 janvier 2009 (Ligue du monde islamique). En effet, la Cour a considéré qu'en exigeant la déclaration prévue à l'article 5 de la loi de 1901 pour une association étrangère n'ayant pas son « principal établissement » en France et souhaitant introduire une action en justice les autorités françaises n'ont pas seulement sanctionné l'inobservation d'une formalité administrative nécessaire à la protection de l'ordre public, elle ont imposé aux requérants une restriction, non suffisamment prévisible, qui porte atteinte au droit d'accès à un tribunal et dès lors viole l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Par un arrêt du 8 décembre 2009 (poursui n° 09-81.607, en cours de publication), la chambre criminelle a abandonné les exigences posées par sa jurisprudence antérieure et a considéré comme recevable la constitution de partie civile de toute personne morale dans les conditions de l'article 2 du code de procédure pénale, même si elle n'a pas d'établissement en France et n'a pas fait de déclaration préalable à la préfecture.

Afin de concilier le respect du principe posé par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la non moins légitime exigence de préserver l'ordre public et la sécurité, il conviendrait qu'une disposition législative vienne suspendre la prescription des poursuites pour l'infraction dénoncée par l'association étrangère, le temps nécessaire à la réalisation par cette dernière des formalités administratives imposées par la loi.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a fait valoir qu'il s'agit d'une question complexe mais qui pourrait être reprise dans le futur code de procédure pénale. Toutefois, dans la mesure où il s'agit d'associations ayant personnellement et directement été les victimes d'une infraction, on peut se demander si les exigences de la loi de 1905 doivent être réintroduites dans notre droit, malgré la décision de la Cour européenne des droits de l'homme, avec la contrepartie de la suspension de la prescription, qui constitue une complexification non négligeable des règles applicables (notamment quant au point de départ de la suspension, difficile à déterminer, et au risque de voir des infractions *de facto* imprescriptibles, ou simplement pouvant être poursuivies beaucoup plus longtemps, ce qui peut être en soi un problème, notamment en cas de délit de presse).

Pouvoirs d'évocation de la chambre de l'instruction

Il est proposé que soit « clarifiée » la rédaction des dispositions du code de procédure pénale (article 207 notamment) relatives à la chambre de l'instruction et à ses pouvoirs d'évocation du dossier; la présentation actuelle du texte apparaît quelque peu confuse et imprécise en ce qui concerne l'étendue et les limites de ces pouvoirs.

Pour le directeur des affaires criminelles et des grâces, cette proposition pourrait être prise en compte dans son principe dans la rédaction du futur code de procédure pénale.

Insertion d'un communiqué de presse après décision de non-lieu

Les articles 177-1 et 212-1 du code de procédure pénale donnent la possibilité au bénéficiaire d'une décision de non-lieu d'en demander la publication, intégrale ou partielle, ou celle d'un communiqué.

La question se pose du domaine d'application de cette procédure. Les articles susvisés, réservant l'exercice de l'action publique à « la personne concernée », autorisent-ils, outre le mis en examen, le témoin assisté à agir ?

La volonté législative, telle qu'elle transparaît à l'examen des travaux parlementaires, n'était pas de limiter aux seules personnes mises en examen le bénéfice de ces dispositions ; le témoin assisté peut en effet avoir été victime d'un préjudice, dans l'atteinte portée à son honneur ou à sa réputation, par la méconnaissance de la présomption d'innocence.

La chambre criminelle a procédé, cependant, à une lecture restrictive de ces textes et a considéré (Crim., 6 mars 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 68, pourvoi n° 06-83.103) que seules les personnes mises en examen peuvent en bénéficier.

Il serait opportun d'envisager la modification des articles 177-1 et 212-1 du code de procédure pénale afin d'ouvrir clairement le bénéfice de ce dispositif aux témoins assistés.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a indiqué que cette proposition pourrait être prise en compte dans son principe dans la rédaction du futur code de procédure pénale.

Jugement par la cour d'assises d'un délit connexe à un crime

L'article 380-1 du code de procédure pénale prévoit qu'en appel la cour d'assises statue sans l'assistance des jurés lorsque, sur l'appel de l'accusé ou du ministère public, est seul en cause un délit connexe à un crime.

Cette disposition de simplification de la procédure repose sur le fait que le jugement des délits est en principe de la compétence des seuls magistrats professionnels et que le renvoi devant une cour d'assises n'était justifié que par une connexité qui ne se retrouve pas en appel en raison de l'absence de recours concernant la condamnation criminelle.

Il serait souhaitable, pour les mêmes motifs, de permettre, au premier comme au second degré, lorsque, par suite d'une disjonction des poursuites ou de l'extinction de l'action publique en ce qui concerne les faits de nature criminelle (notamment par décès de l'accusé), comparaît seul devant la cour d'assises l'accusé renvoyé pour un délit connexe, que celui-ci soit jugé par la cour seule, sans l'assistance des jurés.

Cette disposition pourrait trouver place dans la section II « des actes facultatifs ou exceptionnels » du chapitre IV « de la procédure préparatoire des sessions d'assises », par l'insertion, après l'article 286 du code de procédure pénale, d'un article 286-1 ainsi rédigé :

« Lorsque, par suite d'une disjonction des poursuites, d'un appel, ou de toute autre cause, la cour d'assises ne se trouve saisie que du renvoi devant elle d'un ou plusieurs accusés, uniquement pour un délit connexe à un crime, elle statue sans l'assistance des jurés. »

Par coordination, il y aurait lieu de supprimer les alinéas 3, 4 et 5 de l'article 380-1 du code de procédure pénale.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces a indiqué que, si elle n'était intégrée par voie d'amendement à la proposition de loi sur la simplification du droit, elle figurerait dans le futur code de procédure pénale.



DEUXIÈME PARTIE

DISCOURS

DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle
de début d'année judiciaire, le jeudi 14 janvier 2010, par :

Monsieur Vincent Lamanda,
premier président de la Cour de cassation

Monsieur le Premier ministre,

Nous sommes particulièrement sensibles à l'honneur de votre présence.

Nous avons encore en mémoire les mots forts d'estime et de soutien que vous avez prononcés, ici même, voilà deux ans, à l'intention de ceux qui servent notre institution. Vos propos marquaient déjà la place importante que tient, à vos yeux, la justice dans la conduite de la politique de la Nation.

La Cour vous sait gré de l'intérêt et de la considération que vous lui manifestez à nouveau.

Elle vous est reconnaissante d'être attentif à ce que l'autorité judiciaire joue pleinement son rôle dans la défense tant de la société et du droit que des citoyens et de leurs droits.

Madame le ministre d'État,

C'est la première fois qu'en qualité de garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, vous assistez à l'une de nos cérémonies.

Nous sommes d'autant plus honorés de vous accueillir que vous alliez aux talents d'une juriste distinguée une expérience incontestable de la conduite des affaires publiques. Nous nous réjouissons que ces compétences éprouvées soient désormais mises au service de la justice.

Avec la diligente écoute qui vous est propre, vous saurez mûrir la réflexion pour répondre utilement aux attentes des justiciables comme aux préoccupations du monde judiciaire.

Monsieur le secrétaire d'État,

Nous avons plaisir à vous saluer. Vous aussi êtes un professionnel du droit et un élu, dont la réussite a justifié que lui soient confiées, à plusieurs reprises, des responsabilités gouvernementales. Nous sommes heureux que votre esprit éclairé concoure à une meilleure administration de la justice.

Mesdames, Messieurs les hautes personnalités,

Soyez remerciés pour le témoignage de fidélité que vous nous apportez.

Vous comprendrez que je ne puisse voir sans une profonde et douloureuse émotion une place vide dans vos rangs. Un magistrat éminent devait s'y asseoir. Il me l'avait écrit.

Chef d'une Cour amie, dont il avait tenu à renforcer les liens avec la nôtre, Philippe Séguin est aujourd'hui entouré de cette respectueuse et universelle sympathie qui n'a qu'un tort : attendre, pour se déclarer en faveur des hommes illustres, l'heure suprême du malheur.

Noble et féconde intelligence, cet éloquent serviteur de la République, prompt à se cabrer par conviction, n'a pas toujours été épargné.

Mais, enfant, il avait dû entendre ce proverbe arabe : « On ne jette des pierres qu'aux arbres chargés de fruits en or. »

Mesdames, Messieurs, chers collègues,

La Cour, en sympathie avec les victimes qu'un tragique destin frappe cruellement, souhaitant conjurer les âpres vicissitudes de la vie, vous présente chaleureusement ses meilleurs vœux.

Depuis bientôt quarante ans, l'année judiciaire coïncide avec l'année civile, pour bien montrer que le cours de la justice ne connaît pas d'interruption.

Monsieur le Premier ministre,

C'est dans l'action savante et travailleuse de celles et ceux qui œuvrent au sein de notre juridiction qu'il faut d'abord rechercher l'explication des résultats de notre activité. Je me dois de vous les commenter brièvement.

En 2009, plus de 19000 pourvois ont été enregistrés en matière civile et près de 8500 en matière pénale. Le nombre d'affaires terminées, l'an passé, étant supérieur au total de ces deux chiffres, la durée moyenne des instances a été l'une des plus faibles enregistrées dans une juridiction suprême : moins de treize mois au civil ; à peine plus de quatre mois au pénal. Il convient de souligner que ces délais incluent le temps réservé aux demandeurs, puis aux défendeurs pour déposer leurs mémoires.

Devenue pleinement opérationnelle, la dématérialisation de la procédure avec représentation obligatoire devant notre Cour a rendu possible une plus grande efficacité du travail.

L'avocat, le greffier et le magistrat peuvent, en effet, prendre connaissance, à tout moment, d'un dossier et effectuer parallèlement les diligences qui leur incombent, sans devoir attendre leur tour respectif pour disposer des éléments nécessaires.

La discussion contradictoire entre les parties, tout au long du procès, y gagne. Les droits de la défense sont ainsi renforcés.

La réflexion des juges au cours du délibéré, comme lors de l'adoption du texte de l'arrêt, s'enrichit, chacun ayant aisément accès à l'ensemble des documents soumis aux débats.

Le rôle essentiel du greffe, libéré de tâches purement matérielles, se trouve revalorisé.

Le justiciable bénéficie d'une vraie transparence. Il peut suivre directement l'avancée de son affaire à partir de notre site internet.

D'ores et déjà, plus de 90 % des pourvois sont formés électroniquement, tous actes et pièces étant exclusivement transmis par voie numérique.

La réussite de cette réalisation novatrice n'aurait pas été possible sans l'engagement de tous les membres et services de la Cour, ni sans l'implication résolue des avocats aux Conseils et des huissiers de justice audienciers. Que le président Le Prado transmette à ses confrères l'expression de notre gratitude pour le concours irremplaçable que l'ordre qu'il conduit nous apporte.

Être plus efficace, c'est, pour la Cour de cassation, pouvoir mieux remplir sa mission première : assurer l'égalité de tous devant la loi, en veillant à l'application uniforme de celle-ci sur le territoire national et en suppléant au silence ou à l'obscurité des textes, afin de leur donner toute leur portée.

L'aléa, qui affecte parfois la solution qu'adoptera le juge, est d'autant moins supportable que notre époque ne semble plus accepter le risque.

Animée par cette exigence d'une prévisibilité et d'une sécurité accrues, la Cour s'est employée à éviter que des divergences de jurisprudence ne surviennent entre ses différentes formations.

Les dispositions prises en vue d'une meilleure concertation interne ont notamment permis de diviser par quatre les cas nécessitant la réunion d'une chambre mixte pour mettre fin à une discordance.

Mais l'objectif de sécurité par l'harmonisation de l'application du droit ne doit pas se limiter à notre juridiction, 15 % seulement de tous les jugements en dernier ressort lui étant déférés. On doit aussi chercher à l'atteindre au sein même des cours d'appel et des tribunaux. C'est dans les juridictions du premier et du second degré que vit la loi, telle qu'elle est appliquée au quotidien à nos concitoyens.

Longtemps, les juges ont été privés d'une consultation exhaustive des décisions déjà rendues dans des litiges comparables à ceux dont ils étaient saisis. Cette lacune est désormais comblée. La base de données Jurica, que gère notre Cour et qui est alimentée quotidiennement, réunit l'intégralité des arrêts civils des cours d'appel, soit environ 180 000 par an. Elle sera prochainement étendue au domaine pénal. Tous les magistrats ont vocation à l'interroger sur le site intranet de la Cour de cassation, sans devoir éclairer leurs réflexions par la seule jurisprudence publiée et commentée.

Sont en outre mises à leur disposition les conclusions des recherches thématiques que nous conduisons à partir de cette base, à l'aide d'un logiciel approprié. À titre d'illustration, l'une d'elles, menée actuellement en partenariat avec une université, a pour thème l'application variée que les cours d'appel font du droit international privé, en matière familiale, à l'égard des couples binationaux.

Par-delà ces accords de recherche, la Cour se félicite d'avoir renoué avec la Faculté un dialogue fructueux. La rencontre, dans ces murs, au printemps dernier, de professeurs de l'université Panthéon-Assas avec des représentants de nos six chambres et de notre service de documentation a été exemplaire.

De même, la création d'un groupe de travail réunissant des membres de la section du contentieux du Conseil d'État et de la chambre sociale est à l'origine d'échanges prometteurs.

Ces moyens, mis en œuvre en 2009, en complément d'autres mesures, permettent une approche commune et interactive par une connaissance partagée de la jurisprudence, ainsi qu'un dialogue renouvelé entre les juges et avec la doctrine.

Ils concilient deux impératifs : l'harmonisation de l'application du droit, d'une part, et la liberté d'appréciation du juge, d'autre part.

Si nul ne doit jamais porter atteinte à l'indépendance de l'acte juridictionnel – elle est essentielle et doit être absolue –, il revient à notre Cour d'accorder les pratiques pour garantir la sécurité juridique et prévenir les cassations inutiles.

Cette démarche ne peut qu'aider à rassurer les milieux internationaux sur la force attractive de nos modes de règlement des litiges et de notre système juridique.

Bien administrer la justice, c'est d'abord bien la rendre, dire le droit de la meilleure façon.

Les citoyens attendent des magistrats qu'ils appliquent la loi, en veillant scrupuleusement au respect des normes et en s'assurant que leurs décisions contribuent, de façon équilibrée, à l'harmonie sociale. La Cour n'a d'autre ambition que de répondre à cette légitime aspiration avec exactitude, discernement, humanité et diligence.

Monsieur le procureur général, vous avez la parole.

(Discours de M. le procureur général)

La Cour constate qu'il a été satisfait aux prescriptions du code de l'organisation judiciaire et dit que du tout il sera dressé un procès-verbal, versé au rang des minutes du greffe.

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

Monsieur le Premier ministre,

Vous avez souhaité saisir l'occasion de votre venue parmi nous pour vous adresser à la France judiciaire. Ses divers représentants sont largement présents dans cette salle. Nous ressentons comme un honneur supplémentaire le privilège de pouvoir ensemble vous écouter.

(Discours de M. le Premier ministre)

DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle
de début d'année judiciaire, le jeudi 14 janvier 2010, par :

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

Monsieur le Premier ministre, cette année encore, vous avez bien voulu honorer cette audience de votre présence. Honneur d'autant plus grand que vous avez prévu de faire bénéficier cette assemblée de votre analyse de la chose judiciaire, à laquelle nous ne manquerons pas de nous montrer particulièrement attentifs. Nous vous sommes extrêmement reconnaissants de cette marque de considération pour la Cour de cassation et, par-delà ses murs, pour l'institution judiciaire tout entière.

Notre gratitude va également vers vous, Madame le ministre d'État, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés. Nous sommes très sensibles à l'honneur que vous nous faites en répondant à notre invitation et vous prions de croire que cette maison, de par vos hautes fonctions, est aussi la vôtre.

Monsieur le secrétaire d'État, je vous souhaite la bienvenue à la Cour de cassation et suis très sensible à l'intérêt tout particulier que vous marquez, par votre présence, à la vie de notre Cour.

Mesdames et Messieurs les parlementaires,

Mesdames et Messieurs les membres du Conseil supérieur de la magistrature,

Monsieur le président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation,

Mesdames et Messieurs les hautes personnalités,

Mesdames et Messieurs mes chers collègues des cours d'appel et tribunaux,

Soyez également très chaleureusement remerciés pour cette fidélité par laquelle vous avez bien voulu, cette année encore, répondre à notre invitation.

* * *

À cet instant, comment ne pas saluer, ainsi que l'a fait si justement M. le premier président, la mémoire de Philippe Séguin ? Il était fidèle aux audiences solennelles de rentrée de notre Cour.

Il a été, par son action, le fervent artisan du rapprochement de nos deux juridictions. Sur tous les dossiers que nous avons eu à connaître ensemble, depuis mon installation à la Cour de cassation en 2004, quelques semaines après son accession à la première présidence de la Cour des comptes, je reste marqué par son esprit visionnaire, sa puissance de conviction

et son profond humanisme, puisé dans une culture d'ouverture et de tolérance forgée dans les valeurs de la République. Il manque aujourd'hui à cette audience.

* * *

De l'année qui s'achève, je me crois autorisé à dire que, pour la justice, elle fut de transition, en ce qu'elle a permis de poser les jalons d'importantes réformes appelées à remodeler en profondeur l'institution. Certaines sont issues de la modification de notre Constitution, intervenue le 23 juillet 2008. D'autres émanent du comité de réflexion sur la réforme de la procédure pénale, qui a remis son rapport le 1^{er} septembre dernier à M. le Président de la République ainsi qu'à vous-même, Monsieur le Premier ministre.

Un volet très important de cette réforme concerne le Conseil supérieur de la magistrature. J'ai déjà salué, en ce lieu même, la sagesse du législateur constitutionnel qui, en confiant la présidence de ce Conseil aux chefs de la Cour de cassation l'a, de manière tout à fait salubre, placé en dehors des luttes d'appareil et l'a donc écarté du dévastateur soupçon de corporatisme.

Cette présidence, j'entends, tout comme vous, Monsieur le premier président, l'assumer pleinement au service de l'institution.

Et si le Conseil ne doit se prononcer qu'à titre consultatif sur les projets de nomination des magistrats du parquet, du moins ai-je pris la résolution que le garde des sceaux serait complètement informé par des avis dûment motivés lorsque ceux-ci seront défavorables. Quel serait, en effet, le sens d'un avis négatif, surtout concernant le projet de nomination d'un procureur ou d'un procureur général, à quelles interprétations pourrait-il prêter, s'il n'était pas clairement explicité ? Cette motivation, seule de nature à lever toute suspicion de prise en compte de critères extraprofessionnels, serait bien évidemment formulée de manière telle que le garde des sceaux puisse, le cas échéant, la porter à la connaissance du magistrat concerné.

C'est donc à une présidence strictement guidée par la rigueur de la déontologie, par les exigences du professionnalisme au service de la justice que j'estime devoir m'engager, lorsque la possibilité m'en sera donnée. Il est en effet de mon devoir d'exprimer ici une certaine inquiétude face aux incertitudes qui planent, quant à la date à laquelle la réforme votée voici dix-huit mois sera effective. Nous savons maintenant que, contrairement à ce qu'il paraissait raisonnable d'espérer, il est à craindre que ce Conseil ne soit pas en place avant le mois de janvier 2011, puisque, d'ores et déjà, un projet de loi organique, en prorogeant le Conseil actuel, vient en quelque sorte contrarier la volonté du législateur constitutionnel. Un délai de deux ans et demi après le vote de la loi constitutionnelle serait-il donc nécessaire à la concrétisation d'une réforme pourtant voulue au plus haut niveau de l'État et dont on aurait pu penser que son caractère prioritaire allait de soi ?

Je vous remercie, Madame le garde des sceaux, d'avoir, je le sais, dès votre prise de fonction, perçu l'urgence de ce dossier que vous avez réactivé et dont le retard pris ne vous est pas imputable. Je sais aussi votre détermination pour que cette réforme puisse rapidement

voir le jour, réforme dont vous avez dit devant le Sénat qu'elle répondait à trois principes et je vous cite : « l'indépendance, l'ouverture et la transparence ».

* * *

D'autres bouleversements se profilent à l'horizon, issus, comme je l'ai dit, du comité de réflexion sur la réforme de la procédure pénale. Je me limiterai à quelques observations concernant la disparition programmée du juge d'instruction.

Rappelons d'abord qu'au soutien de la suppression de la juridiction d'instruction le principal argument, depuis longtemps présenté comme irréfutable, est qu'on ne saurait, comme la loi l'impose actuellement, instruire à charge et à décharge. Cet argument, la commission Léger l'a repris à son compte en soulignant que le juge d'instruction, depuis sa naissance, vit toujours dans l'ambiguïté de sa double fonction. Mais elle a aussi balayé cet argument pour faire peser sur le parquet cette même obligation d'instruire à charge et à décharge. Ne faut-il donc pas craindre que l'ambiguïté, si elle existe, ne soit simplement transférée ?

Loin de moi cependant l'idée que l'institution ne doit pas évoluer. Je crois pour ma part, avec la commission Léger, que le juge d'instruction du XXI^e siècle n'a plus rien de commun avec le magistrat né, voici deux siècles, du code d'instruction criminelle, au point qu'il est légitime de reconsidérer la fonction. Je dis bien la fonction puisque c'est du juge qu'il s'agit et non de l'instruction dont personne n'envisage la disparition. Or, comparé à son lointain collègue du début du XIX^e siècle, ce juge qui était peut-être, selon Balzac, l'homme le plus puissant de France, n'est-il pas aujourd'hui surtout le plus seul, voire le plus isolé ?

Solitude face à la complexité d'un code de procédure pénale toujours plus dense, au point qu'il réunit plusieurs codes en un seul, au point aussi qu'il génère la crainte récurrente de commettre une nullité à chaque pas et, partant, expose le juge au risque de détourner son attention vers des exigences purement formelles. Solitude face à une défense parfaitement en droit de s'organiser collégialement avec le souci légitime de ne laisser passer aucune des erreurs de procédure que le juge pourrait commettre ou laisser passer.

Solitude face aux médias dont l'irruption dans le procès pénal, aussi sacrée que soit la liberté d'informer, n'est pas toujours sans incidence sur le déroulement d'une procédure. Solitude face à l'opinion, curieuse et prompt à s'émouvoir, voire à s'enflammer, mais peu à même de comprendre la chose juridique. Solitude enfin, il faut bien le dire, face au ministère public, maître de la saisine du juge, au point que celle-ci est devenue résiduelle. Si la collégialité est une force, nul doute que celle-ci se trouve aujourd'hui du côté des parquets, structurellement organisés pour répondre aux pressions que je viens d'évoquer.

Et même si la qualité, la compétence et le dévouement des juges d'instruction ne sont pas en cause, n'est-il pas temps de considérer les mesures à envisager pour que soit toujours assurée la qualité de la justice à laquelle sont en droit de prétendre nos concitoyens ? Et si cette qualité exige maintenant une répartition différente des responsabilités, si elle se trouve du côté d'un élargissement des pouvoirs du parquet et d'un renforcement du contrôle

par le juge, alors pourquoi ne pas l'envisager ? C'est ce qui me conduit à dire que le rapport Léger va dans la bonne direction.

Encore faut-il être certain que la réforme, dont ne sont actuellement dessinés que les contours, franchira les obstacles dressés sur un parcours loin d'être achevé. Je veux parler, bien sûr, d'obstacles juridiques, même si le premier d'entre eux est aussi de nature politique, puisqu'il s'agit du statut du ministère public.

Je me garderai bien évidemment, depuis ce siècle, de porter la moindre appréciation à cet égard. Ce n'est pas mon domaine. Mais si l'on regarde la chose d'un point de vue strictement juridique, ne faut-il pas s'inquiéter de la conformité aux principes constitutionnels qui nous gouvernent des pouvoirs nécessairement renforcés d'un parquet en charge de l'instruction des affaires pénales ?

C'est que, contrairement à bien des idées reçues, la Constitution ne place pas explicitement, en son article 64, le ministère public parmi les composantes de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle. C'est une difficulté que le Conseil constitutionnel a heureusement résolue par une jurisprudence jamais démentie jusqu'à ce jour, en jugeant le 11 août 1993 que « l'autorité judiciaire qui, en vertu de l'article 66 de la Constitution, assure le respect de la liberté individuelle, comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet ».

Mais que savons-nous de la pérennité de cette analyse appliquée à un parquet en charge exclusive de l'instruction des affaires pénales ?

Le Conseil constitutionnel se montre en effet plus que vigilant à l'égard du contrôle et de la direction d'actes susceptibles d'entraîner des atteintes excessives à la liberté individuelle, actes dont l'initiative pourrait revenir au seul parquet. Et ne faut-il pas aussi s'attendre, dans cette nouvelle configuration, à voir se durcir la jurisprudence, certes indirecte et non définitive, par laquelle le juge de Strasbourg en vient à contester au parquet actuel le statut d'autorité judiciaire ?

L'obstacle, ici, n'est plus politique mais bien juridique et, pour ce qui me concerne, sauf à éloigner le ministère public du statut de la magistrature, ce que ne propose heureusement pas le rapport Léger, je ne vois pas comment il sera franchi sans que soit, tôt ou tard, reconsidéré le statut du parquet, sous peine de laisser perdurer une contradiction majeure dont la validation constitutionnelle et européenne paraît bien problématique.

Mon souhait est que les paroles du premier président Aydalot ne prennent pas une dimension prophétique quand, il y a maintenant quarante années, il s'inquiétait ici même de voir « le parquet rejeté dans les ténèbres extérieures ».

* * *

Un second obstacle se dessine, tout aussi difficile. Notre pays a connu, depuis le plus que centenaire arrêt Laurent-Athalin jusqu'aux dernières lois renforçant les droits des victimes,

une évolution favorable à ces dernières, dont la place dans le procès pénal, il faut bien le dire, n'a pas toujours été à la hauteur de leurs légitimes aspirations. Nul ne sait vraiment par quelle institution, par quelle procédure, ce droit ne subira aucune régression dès lors que, par définition, avec la suppression du juge d'instruction, disparaîtra la possibilité de mettre en mouvement l'action publique par le moyen d'une constitution de partie civile devant lui.

Le rapport Léger propose que le juge de l'enquête et des libertés ordonne au parquet d'enquêter sur les faits que lui dénoncerait une victime mais dont il aurait refusé de se saisir. Je ne vois pas comment ce dispositif pourrait, ne serait-ce qu'en termes d'apparence, constituer un substitut valable à l'actuelle constitution de partie civile devant le juge d'instruction.

L'injonction de faire donnée par le juge au parquet qui ne voudrait pas faire paraître à cet égard bien illusoire. Quels seront les droits effectifs de la victime face à un refus de déférer à une telle injonction ? Et, surtout, ce qui est pire, quels seront ses droits face à un parquet qui, sans opposer de refus explicite d'instruire, pourra, même sans faire volontairement preuve d'inertie, opposer qu'il est saisi de quelques dizaines ou centaines de milliers d'affaires ? Je suis en tout cas bien obligé de dire, sur ce point, ma totale incapacité, aujourd'hui, à suggérer le dispositif qui pourrait constituer ce substitut valable sans recourir à ce qui ressemblerait à un rétablissement de la juridiction d'instruction, sauf à amoindrir les droits des victimes, ce que personne n'envisage.

* * *

Voici donc, Mesdames et Messieurs, les principaux points qui me paraissent mériter réflexion, et si j'ai exprimé quelques interrogations sur certains d'entre eux, ce n'est certainement pas par pessimisme ou je ne sais quelle obscure volonté d'obstruction, mais, tout au contraire, animé, conformément à la volonté exprimée en ce lieu par le chef de l'État, par le souci de nourrir le débat, et le souhait de voir conduites à leur terme des réformes dont j'ai dit toute l'utilité, dans un domaine capital entre tous, qui touche aux libertés, à l'action publique, aux droits des victimes et qui relève donc de ce que la loi a d'essentiel dans l'organisation de notre société.

Je veux d'ailleurs dire, avec M. le premier président, la disponibilité de la Cour de cassation pour répondre à toute interrogation ou consultation qui pourrait lui être soumise sur ces différentes questions.

Comment ignorer, en effet, que la procédure pénale est l'un des puissants ressorts par lesquels, bien souvent dans des situations extrêmes, se pérennise l'indispensable lien social, alors qu'« il n'est aucun des grands drames contemporains, écrivait Claude Lévi-Strauss, qui ne trouve son origine dans la difficulté croissante de vivre ensemble » ?

DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle
de début d'année judiciaire, le jeudi 14 janvier 2010, par :

Monsieur François Fillon, Premier ministre

Madame le garde des sceaux,
Monsieur le ministre,
Monsieur le premier président,
Monsieur le procureur général,
Mesdames, Messieurs,

Il était autrefois d'usage de consacrer ces audiences solennelles de rentrée à l'éloge funèbre des magistrats de la Cour décédés pendant l'année judiciaire.

Le souvenir de leur vocation exemplaire accompagnait leurs successeurs dans la grandeur et dans la difficulté de leur tâche.

Vous me permettez de m'autoriser un bref instant de cette ancienne tradition pour dédier une pensée émue et fidèle à la mémoire de Philippe Séguin, qui aurait dû être parmi nous aujourd'hui.

Son parcours était de ceux qui démontrent que, entre la politique et la magistrature, il existe une convergence fondamentale, un dialogue dont l'évidence et la nécessité tiennent à la même ambition d'établir la justice au nom de la République.

Pour l'homme politique comme pour le magistrat, la réalisation de cet idéal est une tâche infinie, difficile, parfois épuisante. Elle implique sans cesse le doute, la réflexion, le renouvellement. Le politique et le juridique ont besoin de se soutenir constamment dans cet effort.

Une justice toujours plus exemplaire et efficace, c'est une exigence morale, c'est une exigence démocratique, c'est une exigence tout simplement humaine.

Nous avons besoin, pour cela, d'une magistrature confortée dans l'éminence de son rôle et dans les moyens qui lui sont donnés.

Nous avons besoin de perfectionner les procédures pour garantir en même temps la sécurité publique et les libertés individuelles, sans qu'elles se contredisent.

Et nous avons besoin de remonter aux principes qui fondent notre organisation judiciaire, pour affirmer ses forces et pour corriger ses faiblesses.

Nous avons de grandes ambitions pour l'institution judiciaire. Des ambitions à la hauteur de l'excellence des hommes et des femmes qui la font vivre et qui l'incarnent dans leurs décisions quotidiennes et leur vocation.

La justice, c'est d'abord l'intelligence des juges.

« Le juge, écrivait Aristote, est en quelque sorte la justice vivante. » Il voulait dire par là que les lois ne s'interprètent ni ne s'appliquent d'elles-mêmes.

J'ajouterais volontiers que, le juge, c'est aussi la justice dans la vie, dans la dureté, dans la part maudite de l'existence, comme dans les litiges qui font sa difficulté quotidienne. Rendre la justice, c'est se confronter avec tous les aspects de la réalité sociale.

C'est accompagner les individus, les familles, les entreprises, dans leurs problèmes et dans leurs drames. C'est œuvrer à la construction d'une société apaisée.

Au monde judiciaire, à toutes les juridictions qui le composent, je veux redire la confiance du gouvernement et de la Nation.

Je veux lui assurer les moyens budgétaires en conséquence, et sur ce point vous savez la mobilisation qui a été la nôtre depuis plus de deux ans.

Je souhaite que le renouvellement de ses structures améliore ses conditions de travail, et lui permette de suivre les transformations d'une société où malheureusement le désarroi et le désespoir se renouvellent aussi dans leurs formes.

Des évolutions de long terme ont été engagées par Rachida Dati, par Michèle Alliot-Marie, et naturellement par les gens de justice eux-mêmes.

La réforme de la carte judiciaire était difficile, mais elle était nécessaire ; nécessaire à une justice plus rapide, plus efficace, forte d'une plus grande maîtrise de ses ressources budgétaires.

Les mêmes ambitions sont à l'œuvre avec la dématérialisation des procédures. Je salue ainsi dans la Cour de cassation, Monsieur le premier président, une juridiction où cette modernisation s'accomplit avec un succès remarquable. Qui devinerait que, derrière la solennité de ces lieux, se cache tout un palais numérique où le traitement des contentieux dispose déjà de moyens inédits ?

Ce contraste entre le rituel et l'innovation, entre le prestige et l'accessibilité, exprime toute la richesse de l'œuvre judiciaire.

L'autorité de la justice s'enracine dans la tradition de ses symboles et dans la mémoire de ses actes.

Mais elle réside aussi dans sa capacité à créer le droit, en répondant aux questions inédites qui naissent de l'évolution de la société, du changement des mœurs, des nouvelles capacités médicales et techniques dont l'humanité s'empare.

L'effort de renouveau est inhérent à l'œuvre de justice.

Il est d'abord à l'initiative de ceux qui y travaillent tous les jours.

Il doit être à leur bénéfice quand il s'agit de réformer les institutions.

Mais il doit également s'attacher à démentir le sentiment de nos concitoyens, lorsqu'ils trouvent l'institution judiciaire trop lointaine, trop complexe, malgré les efforts permanents de ceux qui y travaillent.

À vrai dire, il est certainement inévitable que la justice soit redoutée.

Elle ne doit pourtant l'être que par ceux qui transgressent la loi ou qui ont l'intention de le faire.

Elle doit être rigoureuse, mais elle ne doit pas intimider ceux qui ont le plus besoin d'elle.

Elle doit répondre à deux attentes qui ne s'opposent pas, mais qui doivent être satisfaites ensemble : la défense de la sécurité et la défense des libertés individuelles.

L'établissement de la sécurité est une ambition républicaine qui ne souffre d'aucune remise en question. Nous nous souvenons tous que la Déclaration de 1789 inscrit la « sûreté » parmi les droits naturels et imprescriptibles de l'humanité.

Trop de gouvernements ont perdu la confiance de nos concitoyens en négligeant cet impératif. Je suis déterminé à garantir à tous les Français leur droit fondamental à vivre dans une société sûre.

Les lois sur les peines planchers et la rétention de sûreté ont en particulier traduit cette ambition dans les textes.

Blaise Pascal disait : « La justice sans la force est impuissante » !

Il faut que le juste soit fort.

Il faut aussi, réciproquement, que la force soit juste.

L'institution judiciaire ne peut accomplir son œuvre si elle ne dispose pas, à ses côtés, de l'autorité d'une police et d'une gendarmerie fermement établies dans leurs prérogatives.

Des forces de sécurité exerçant leur mission avec efficacité et discernement, qui sont la marque de distinction, qui sont leurs marques de distinction, dans un État de droit comme le nôtre.

Et il faut que notre procédure pénale soit irréprochable dans sa manière de garantir les libertés individuelles.

Il existe à ce sujet un point qui cristallise un certain nombre d'interrogations : il s'agit de la garde à vue, sur laquelle j'ai déjà eu l'occasion de m'exprimer.

Nous devons en repenser les motivations et les conditions, parce qu'une mise en garde à vue est un acte grave.

Cette réflexion doit d'abord considérer les objectifs de notre politique de sécurité.

Nous voulons que la sécurité se mesure à des résultats. Mais cette exigence ne trouve sa pleine signification qu'en s'appuyant sur les critères les plus pertinents.

La garde à vue n'est pas une élucidation. Elle n'est pas un verdict. Elle n'est pas une fin en soi.

Elle est un moyen. Un moyen qui se justifie absolument quand il est nécessaire à l'enquête. Mais un moyen qui n'est pas à lui seul un résultat satisfaisant.

Dire cela, ce n'est en aucune façon remettre en cause notre ambition de sécurité publique. Ce n'est en aucune façon remettre en cause le travail remarquable de nos forces de sécurité. C'est vouloir une sécurité optimale, qui ne peut être qu'une sécurité bien pensée.

Mais considérer la garde à vue, c'est aussi considérer l'ensemble de notre procédure pénale, dont elle est l'un des éléments marquants.

Vous savez que cette réflexion est en cours, et vous venez d'y faire largement allusion.

Elle devra prendre position devant les orientations exprimées par les sources de droit européennes. Monsieur le président de la Cour européenne des droits de l'homme ne me contredira pas...

Concernant la garde à vue, certains de nos tribunaux s'en font dès maintenant l'écho. Il faudra tôt ou tard que nous y répondions dans nos textes. Les réflexions que nous avons lancées sur la réforme de notre procédure pénale devront en être l'occasion.

Nous voulons tous que la France soit exemplaire en matière de sécurité et en matière de justice; la profondeur et l'étendue que nous avons voulu donner à cette réforme sont à la mesure de cet enjeu.

Il y a, dans ces réflexions, un élément qui concentre l'attention parce qu'il représente une véritable révolution dans notre tradition judiciaire. Je veux parler de la suppression du juge d'instruction, et de son remplacement, au sein de l'édifice institutionnel, par un juge de l'enquête et des libertés.

Il est naturel qu'une telle réforme soit entourée de débats, au regard de l'importance que cette fonction a revêtu dans l'histoire de notre République, et singulièrement dans l'actualité de ces dernières années.

Tantôt l'on a vu dans le juge d'instruction un personnage presque héroïque, devant qui tous les pouvoirs devaient s'incliner.

Tantôt il est apparu comme le principal rouage d'une machine implacable dont nos concitoyens finissaient par redouter de croiser le chemin.

À la légende dorée du juge d'instruction a succédé une légende noire.

L'exagération de l'une et de l'autre a rendu nécessaire une réflexion qui considère plus sereinement la réalité de cette fonction, au sein de la procédure pénale dans son ensemble.

Car la procédure pénale est un système, un équilibre complexe où tous les éléments se tiennent.

Faire disparaître le juge d'instruction, le remplacer par un juge de l'enquête, ce n'est pas une décision gratuite, ce n'est pas une mesure de stigmatisation, c'est le fruit d'une réflexion qui considère les enjeux techniques et philosophiques de notre procédure pénale tout entière.

Le premier de ces enjeux, c'est la garantie des droits de la défense.

Cela fait longtemps que l'on réclame l'instauration d'un *habeas corpus* à la française. Le Président de la République a souhaité que cette exigence se traduise enfin dans les faits.

Notre réforme de la procédure pénale sera la première à s'engager aussi résolument dans ce tournant historique.

Son objectif, c'est d'instaurer plus d'équité dans la confrontation de la défense et de l'accusation. C'est de donner une place encore plus grande au principe du contradictoire dans nos pratiques et dans nos institutions.

La suppression du juge d'instruction est un aspect de la construction de ce nouvel équilibre où les droits de la défense seront renforcés. D'une part, la défense aura plus d'initiative dans le déroulement de l'enquête; d'autre part, elle pourra recourir au juge de l'enquête et des libertés.

Le deuxième enjeu, c'est celui de l'indépendance de l'autorité judiciaire.

Certains prétendent qu'elle serait remise en cause avec la suppression du juge d'instruction.

On nous dit : des affaires vont être enterrées. Le juge d'instruction ne sera plus là pour faire « trembler les puissants ». Le sang contaminé, l'amiante, Erika : sans le juge d'instruction, qui sera en mesure de mener de tels combats ? En un mot : on fait planer la menace d'une justice « aux ordres ».

Je veux répondre à ces interrogations et à ces soupçons.

Tout d'abord, l'indépendance de la magistrature n'a jamais reposé sur les seules épaules du juge d'instruction, qui n'intervient aujourd'hui que dans 5 % des affaires traitées. Est-ce à dire que, dans 95 % des cas, l'on ait affaire à une justice qui ne soit pas indépendante ?

Ensuite, ces soupçons traduisent une vision étrangement réductrice de l'activité du parquet, alors qu'il appartient pleinement à l'autorité judiciaire.

Le magistrat du parquet est garant à part entière de l'intérêt général et de la défense des libertés individuelles. Mais le parquet est aussi un instrument démocratique fondamental. En exerçant l'action publique, il exprime une demande de justice qui est celle de la société elle-même.

Le parquet est sous l'autorité du garde des sceaux. Mais est-il nécessaire de rappeler que le garde des sceaux est porteur d'un mandat que nos concitoyens lui confient ? Est-il nécessaire de rappeler qu'il répond de sa politique devant la représentation nationale ?

Enfin, il faut prendre toute la mesure de la création du juge de l'enquête. Le parquet ne sera pas le seul acteur de l'investigation. Le nouvel équilibre impliquera des pouvoirs et des contre-pouvoirs. Et, comme le juge d'instruction, le juge de l'enquête et des libertés sera un magistrat du siècle.

La réforme s'appuiera par conséquent sur la dualité féconde de notre organisation judiciaire. Dualité féconde, parce qu'il faut que la sérénité du jugement soit forte des garanties statutaires

propres à la magistrature du siège ; parce qu'il faut aussi qu'à travers le parquet, en interaction avec l'exécutif, la société tout entière puisse se défendre et réclamer que justice soit faite.

Ni l'indépendance de la magistrature, ni la manière dont la France a historiquement organisé la séparation des pouvoirs ne seront remises en cause par la réforme.

Si la séparation des pouvoirs est un principe fondamental de tout État de droit, elle n'a d'ailleurs jamais eu la simplicité d'un slogan.

Elle n'a cessé d'être, jusqu'à nos jours, un thème de réflexion, pour les philosophes comme pour les constitutionnalistes. Montesquieu et Sieyès ne la concevaient pas de la même façon.

Carré de Malberg et Eisenmann, entre autres, ont montré qu'en pratique elle ne peut exister nulle part à l'état chimiquement pur. Car, pour que les pouvoirs se contrebalancent, il faut bien qu'ils soient en relation.

Bref, le principe de la séparation des pouvoirs s'est toujours traduit concrètement, dans les États démocratiques modernes, par des équilibres subtils, où s'expriment les histoires et les traditions nationales.

Chacun de ces équilibres a ses avantages et ses défauts. Aucun n'a une perfection qui interdise qu'on cherche à l'améliorer en le respectant. Et je ne crois pas que l'on fasse progresser la réflexion en invoquant la séparation des pouvoirs sans approfondir la signification qu'on donne à ce principe fondamental.

Mesdames et Messieurs,

La réforme de la procédure pénale est une réforme de principe.

Elle nous confronte à notre héritage juridique.

Elle nous reconduit aux fondements philosophiques de notre République.

Elle ne saurait être conduite sans la réflexion, sans la responsabilité et sans la résolution, qui sont les vertus mêmes des gens de justice.

Je veux vous dire à quel point nous travaillons dans le respect de la justice, dans le respect des hommes et des femmes qui la font, dans le respect de leur engagement, de leur connaissance de la réalité, de leur sens de l'innovation.

Nous voulons que leur action soit toujours mieux connue, mieux comprise, mieux acceptée par nos concitoyens.

Et c'est pourquoi nous devons aussi être à l'écoute de l'opinion publique, à l'écoute des questions qu'elle nous pose et des choix qu'elle nous suggère. Ses aspirations ne s'opposent pas à celles des juges, qui sont les premiers à mesurer certaines faiblesses de notre système, à côté de ses forces, et qui savent que l'efficacité, la rationalité et la transparence sont les meilleurs atouts de leur autorité.

En vous adressant, Mesdames et Messieurs, au nom du gouvernement, mes vœux les plus chaleureux et les plus respectueux pour cette nouvelle année, j'exprime aussi le souhait que nous puissions travailler ensemble à conforter le caractère exemplaire de la justice française.



TROISIÈME PARTIE

ÉTUDE

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

LES PERSONNES VULNÉRABLES DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION

Sous la direction scientifique du professeur Xavier Lagarde,
ont contribué à l'étude :

Philippe Chaillou

Paul Chaumont

Claire Coutou

Isabelle Darret-Courgeon

Fabrice Delbano

Michel Falcone

Grégoire Finidori

Jean-Yves Frouin

Savinien Grignon-Dumoulin

Hélène Guillou

Frédéric Jenny

Daniel Ludet

Sabine Mariette

Marie-France Mazars, assistée de Damien Lebel

Françoise Monéger

Anne-Catherine Monge

Jacques Mouton

Laurence Pécaut-Rivolier

Xavier Prétot

Jean-Michel Sommer

Martine Trapero

Vincent Vigneau

AVANT-PROPOS

Par M. Xavier Lagarde,

Agrégé des facultés de droit

Professeur à l'université Paris Ouest Nanterre La Défense

0.1. Actualité

Il n'est guère besoin de longs discours pour mettre en évidence l'actualité du sujet.

La crise frappe durement des populations déjà fragilisées. Après s'être approché du seuil de 7 % de la population active, le taux de chômage pourrait d'ici à quelque temps repasser au-dessus de la barre des 10 %. Dans le même temps, le nombre des ménages surendettés s'accroît. Dans les années d'avant la crise, les dossiers de surendettement déposés à la Banque de France étaient au nombre de 180 000 par an en moyenne. Aujourd'hui, le chiffre de 200 000 est dépassé. Rien ne permet de prévoir une baisse.

Il faut également mesurer l'importance du thème de réflexion choisi cette année par la Cour de cassation dans une perspective de plus long terme. C'est une bonne nouvelle, notre espérance de vie croît (84,5 ans pour les femmes, 77,8 ans pour les hommes). C'est une moins bonne nouvelle, les phénomènes de dépendance sont en augmentation. L'INSEE prévoit qu'en 2040 les personnes âgées dépendantes seront au nombre de 1 200 000, contre 800 000 aujourd'hui, chiffre qui, soit dit en passant, n'est d'ores et déjà pas négligeable.

Tout un chacun comprend que ces quelques données chiffrées intéressent de près ou de loin le thème de la vulnérabilité et qu'en conséquence il est justifié d'analyser la jurisprudence de la Haute Juridiction à cet égard.

0.2. Simplicité

La Cour de cassation interprète en faveur des personnes vulnérables les règles destinées à les protéger. S'il faut sacrifier aux impératifs d'une communication simple et sans nuances, tel peut être le message à faire passer.

Pour banal qu'il puisse paraître, il faut mesurer la rupture dont il est porteur.

Ripert, dont la pensée a eu une incidence considérable sur les schémas de pensée – le logicielle, dirait-on aujourd'hui – des juristes, nous enseignait que le droit moderne, imprégné de l'esprit démocratique, cède à la pression du plus grand nombre et accorde sans cesse toujours plus de protections. Si des raisons électorales conduisent le législateur à une générosité continûment renouvelée, les juristes, qui, selon la formule de l'éminent auteur, sont par principe des conservateurs, ont ainsi pour devoir de maintenir la cohérence du

droit. Dans cette perspective, l'œuvre prétorienne, construite en dialogue avec la doctrine, est censée tempérer les audaces législatives.

Cette façon de voir est révolue. Parce que les droits fondamentaux constituent désormais la boussole de nos systèmes juridiques, le législateur et le juge travaillent de concert à ce que les droits des individus ne demeurent à l'état de prérogatives théoriques. Selon le terme aujourd'hui consacré, ils veillent à l'effectivité des droits. La vulnérabilité ne saurait justifier que ceux-ci restent lettre morte. Au juge, il revient de donner un effet utile aux règles protectrices des personnes en situation de faiblesse.

En forçant le trait, il est même permis de s'interroger sur une interversion des rôles entre le législateur et le juge. Le premier était progressiste et le second plus tempéré, sinon conservateur. L'un a peut-être pris la place de l'autre. Témoin, par exemple, l'épisode du contrat « nouvelles embauches » dont se fait l'écho la contribution de la chambre sociale (« Contrat de travail et précarité »). Dans des conditions politiques mal préparées, une ordonnance du 2 août 2005 avait consacré un contrat de travail dont les conditions de rupture étaient simplifiées, en contrepartie d'une meilleure indemnisation du salarié licencié. Les pouvoirs publics tentaient ainsi une adaptation des règles protectrices des salariés aux contraintes d'une économie mondialisée. Adaptation qui, de fait, se traduisait par un recul des garanties traditionnelles. La jurisprudence, avec *in fine* l'approbation de la Cour de cassation (Soc., 1^{er} juillet 2008, *Bull.* 2008, V, n° 146, pourvoi n° 07-44.124), a invalidé le dispositif motif pris de sa contrariété avec les dispositions de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail. C'est bien le juge qui s'est porté au secours du salarié. Ce faisant, il s'est vraisemblablement plus senti dans la peau d'un résistant que dans celle d'un conservateur.

0.3. Complexité

Au-delà des premières observations, marquées du sceau de la simplicité, l'examen du sort que la jurisprudence réserve aux personnes vulnérables conduit l'interprète à faire le constat d'une certaine complexité. À l'exception de quelques textes de portée répressive, analysés avec précision dans la contribution de la chambre criminelle (« Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la chambre criminelle »), il est rare que le législateur fasse expressément de la vulnérabilité la condition de son intervention. La protection des personnes vulnérables inspire assurément de nombreuses règles mais ces dernières désignent rarement comme telles les personnes dont elles assurent la protection. L'œuvre prétorienne ne porte donc pas seulement sur l'application des dispositifs protecteurs des personnes vulnérables. Préalablement, elle remplit une fonction de reconnaissance de ces derniers. Ce qui suppose de prendre parti sur la notion de vulnérabilité. Les divergences d'appréciation sont concevables et il n'est pas certain que toutes les chambres raisonnent avec le même jeton. C'est là un premier point qu'il y a lieu d'approfondir.

Lorsque la Cour de cassation interprète les règles prises en faveur des personnes vulnérables, il est certain que, dans l'ensemble, elle fait preuve de volontarisme, privilégiant, comme il est relevé dans la contribution de la deuxième chambre civile (« La protection des particuliers surendettés »), l'interprétation téléologique sur l'interprétation littérale.

L'effectivité de la protection voulue par le législateur vaut mieux que le strict respect de la lettre des textes. En même temps, la Haute Juridiction ne peut échapper à certains arbitrages. Elle ne peut céder aux facilités d'une « jurisprudence à l'émotion ». La vulnérabilité procure des droits, elle ne donne pas tous les droits. Comme le rappelle opportunément la troisième chambre civile (« Les personnes vulnérables et le droit des baux d'habitation »), elle n'affranchit pas la personne protégée de ses obligations. Il faut identifier la bonne mesure, d'autant que toute protection, si généreuse soit-elle, comporte toujours un côté obscur. Le soutien que l'on apporte, c'est aussi de la liberté que l'on retire. Cela n'échappe pas à la première chambre civile, chargée d'unifier la jurisprudence relative aux majeurs protégés (« Les majeurs protégés »), ni à la chambre commerciale lorsqu'elle s'inquiète de la protection des investisseurs qui, alertés des risques encourus, doivent malgré tout conserver leur liberté d'action (« La vulnérabilité de l'investisseur »).

L'apparente simplicité d'une réflexion sur la protection des personnes vulnérables ne doit pas faire oublier la complexité de la matière, qu'il s'agisse d'aborder la reconnaissance des personnes vulnérables (1.) ou la protection des personnes vulnérables (2.).

1. LA RECONNAISSANCE DES PERSONNES VULNÉRABLES

1.1. Homogénéité ?

Qui est vulnérable ? Les contributions des différentes chambres laissent augurer que la réponse ne va pas de soi. Y sont en effet recensés : les enfants, les étrangers placés en zone de rétention, les majeurs protégés, les emprunteurs adhérents à une assurance de groupe, toutes les personnes prises en qualité d'assurés sociaux, les bénéficiaires de l'aide juridictionnelle, les particuliers surendettés, partie des locataires de leur logement principal, les investisseurs, les emprunteurs et les cautions profanes, les professionnels en situation de dépendance économique, les personnes âgées ou celles dont la santé est altérée, les salariés précaires, les salariés protégés, les stagiaires, les personnes physiquement et psychologiquement faibles, les « nouveaux esclaves ».

La liste n'est sans doute pas complète. Cependant, le rapport n'a pas vocation à constituer un traité de la vulnérabilité. À travers l'étude de plusieurs situations pertinentes, il est destiné à éclairer les lecteurs sur une éventuelle politique jurisprudentielle en la matière. Dans cette perspective, l'exhaustivité n'est pas une nécessité.

La vraie question porte sur l'homogénéité de cette liste. Peut-on considérer de la même manière l'incapable majeur et l'investisseur profane, le salarié protégé et le travailleur « sans papiers » ? Certes, est vulnérable celui que sa fragilité expose à un désagrément, sinon un mal. Et toutes les personnes précitées semblent au premier abord ainsi exposées. Mais, comme le rappelle G. Rouhette, le juriste est un homme qui sait distinguer. Il ne peut laisser en l'état une liste à l'intérieur de laquelle tout ne peut être mis au même rang.

1.2. Ce que la vulnérabilité n'est pas

D'autant qu'une conception globale de la vulnérabilité, qui conduirait à considérer celle-ci sous le seul angle d'une exposition à un risque, présenterait un triple défaut.

D'un point de vue technique, elle prive la notion de son caractère opératoire. Tout un chacun est en permanence exposé à quelque risque. Tous, nous supportons des zones de vulnérabilité. Afin que la notion soit exploitable, il importe d'en cerner le particularisme, ce qui oblige, au minimum, à restreindre le champ des maux dont la crainte irrigue le thème de la vulnérabilité. Il faut à tout le moins s'en tenir à des risques d'une particulière gravité. Sans doute est-il nécessaire de faire la part entre le normal et le pathologique.

D'un point de vue plus théorique, une conception intuitive de la vulnérabilité est le signe d'une démission doctrinale, juridiquement peu recommandable. Irréductible aux autres modes de régulation sociale, le droit se singularise par une temporalité qui lui est propre. Il absorbe les éléments extérieurs, qu'ils viennent du souverain ou de la société civile, pour les inscrire dans un ensemble à peu près cohérent qui leur préexiste et leur survivra. Pour accomplir cet office, il doit en conséquence disposer de ses propres outils. Car s'il n'est que recopiage, il suit les évolutions de ses modèles, sans jamais leur donner de sens. Or, affirmer que la vulnérabilité n'est jamais qu'une fragilité, une exposition à quelques maux, revient à se satisfaire d'intuitions communes. Il faut donc aller plus loin pour donner consistance à une conception juridique de la vulnérabilité.

Enfin, d'un point de vue politique, il serait paradoxal d'associer sans nuances risque et vulnérabilité. Cette dernière appelle la protection et des mécanismes de solidarité. Il s'agit toujours d'épargner aux autres ce que, raisonnablement, personne ne peut souhaiter pour lui-même. Il y aurait alors peu à ce que la prise de risque, par exemple celle de l'investisseur, soit tenue pour un mal qu'il faut prévenir. Ce serait une forme de malthusianisme social auquel nul ne peut se résoudre, quelle que soit sa sensibilité. On peut se sentir plus à l'aise dans le monde des affaires que dans les lieux de solidarité, ou inversement. On ne peut raisonnablement souhaiter que seul l'un ou les autres subsistent.

1.3. Ce qu'est la vulnérabilité

Dans une société moderne, les individus sont autonomes. Ils sont donc normalement les seuls gestionnaires de leurs intérêts et de leurs aspirations. Le sujet de droit est ainsi une personne capable, capacité qui, nous rappelle l'article 1123 du code civil, reste le principe. Il est libre de ses actes, il répond de ses faits. Sans doute est-il l'objet de multiples déterminations, sans doute évolue-t-il dans un univers incertain, de telle sorte que son libre arbitre ne saurait exister, en quelque sorte, à l'état chimiquement pur. Cependant l'homme moyen, le « bon père de famille », n'est pas contraint ou ignorant au point qu'il faille nier sa liberté. Celle-ci est relative, elle n'est pas sans consistance.

Dans une société, parfois qualifiée de postmoderne, l'autonomie de l'individu requiert un peu plus que la capacité juridique, c'est-à-dire, au fond, l'aptitude à se mouvoir librement

dans les cadres du droit civil. Pour qu'advienne l'individu, il importe de lui reconnaître des droits, abstraction faite des relations qu'il est à même de nouer dans l'exercice de sa capacité : droit d'agir en justice, droits sociaux (logement, emploi...), par exemple. Ces droits sont généralement reconnus par des textes de portée supralégislative. Il en est ainsi parce qu'ils sont l'expression de la dignité de l'homme. Ils accèdent au rang de droits fondamentaux.

Encore ne faut-il pas exagérer les différences entre ces deux points de vue sur l'autonomie. Pour partie d'entre eux, les droits sociaux visent à « libérer l'homme du besoin », selon la formule de Beveridge, que rappelle opportunément la deuxième chambre civile (« Vulnérabilité et droit de la sécurité sociale »). Par induction, il n'est pas interdit de se demander si les droits fondamentaux n'ont pas pour principale vertu d'offrir à chacun les conditions d'une effective liberté. Avoir un emploi correctement rémunéré, un logement décent, un accès à la justice, n'y a-t-il pas là les prérequis d'une entrée en société ? Pour être capable de nouer des relations équilibrées, il est au préalable nécessaire de disposer de droits fondamentaux.

Quoi qu'il en soit des liens entre ces différentes facettes de la personnalité juridique, l'explicitation de cette dernière permet de construire une conception rigoureuse de la vulnérabilité. On comprend en effet que, sous l'angle du droit, la personne vulnérable est celle qui n'est pas en mesure d'exercer les attributs de la personnalité juridique. Empêtrée dans une situation pathologique, elle reste en deçà du standard du bon père de famille. Droits et libertés ne sont pour elle que des mots. En pratique, elle ne sait pas ce que c'est.

Sont ainsi des personnes vulnérables celles qui, dans une situation pathologique ou hors norme, ne sont de fait pas en mesure d'exercer correctement leurs droits et libertés. Entrent ainsi dans cette catégorie : les incapables majeurs qui, affectés d'un déficit intellectuel ou mental, ne peuvent contracter au mieux de leurs intérêts ; les adultes malades ou vieillissants, que les entreprises se pressent rarement d'accueillir, et pour qui la liberté du travail et le droit à l'emploi ont bien peu de consistance (« Les personnes âgées, ou dont la santé est altérée, et l'emploi ») ; les personnes dont les ressources sont insuffisantes au point qu'elles ne peuvent accéder à la justice (« L'accès à la justice des personnes aux ressources insuffisantes »)... Si compréhensive soit la notion, elle ne s'étend pas sans limites. Ainsi les consommateurs et les salariés ne peuvent-ils être par principe assimilés à des personnes vulnérables. Ils ont traditionnellement rang de partie faible et méritent assurément des protections. Mais leur situation est normale. Consommer et travailler constitue l'ordinaire du plus grand nombre. Et, pour le juriste, la vulnérabilité n'est pas le trait commun de l'humanité.

À partir de cette définition, deux variantes de la vulnérabilité peuvent être distinguées. À titre principal, il en existe une conception personnelle. Marginalement, on peut en discerner une « conception réelle ».

1.4. La conception personnelle de la vulnérabilité

Est personnelle la vulnérabilité dont la cause est liée à la personne ou à son patrimoine et dont les conséquences affectent de manière générale les droits et libertés de l'intéressé. L'incapacité, telle qu'elle est appréhendée par le code civil, répond à l'évidence à cette définition. De manière plus générale, c'est à cette conception que répondent les situations que

l'on associe naturellement à l'idée de vulnérabilité. Cependant, l'introduction de cette dernière dans l'analyse du droit est le signe d'une extension et d'une diversification considérables des dispositifs de protection autrefois cantonnés dans le droit des incapacités.

1.4.1. L'incapacité donnait le modèle. Certains sont incapables de plein droit : ce sont les enfants que l'on juge trop vulnérables pour accomplir seuls les actes de la vie civile. Mais, dans son principe, la reconnaissance de leur vulnérabilité ne pose pas de difficulté particulière. De fait, elle prend nécessairement fin. Elle est en revanche plus problématique pour les adultes qui deviennent incapables. Frappés d'une altération de leurs facultés mentales ou corporelles, il n'est plus raisonnable de penser qu'ils pourront seuls veiller à la protection de leurs intérêts. Il faut donc prévoir une protection continue, dont les termes ont été profondément réformés, on le sait, par l'importante loi du 5 mars 2007. Le régime protecteur est lourd, contraignant pour l'incapable. Il faut donc être vigilant avant de reconnaître la vulnérabilité de ce dernier. La première chambre civile en est parfaitement consciente et rappelle avec constance aux juges du fond qu'ils ne peuvent se contenter d'une approche impressionniste de l'état de vulnérabilité justifiant le placement sous un régime d'incapacité. Il leur revient de vérifier avec précision, d'une part, l'altération des facultés de la personne concernée, d'autre part, la nécessité de mettre en place de manière continue des mesures de protection (« Les majeurs protégés »). De manière plus générale, la jurisprudence de la première chambre civile constituée sous l'empire des anciens textes mettait largement en œuvre les principes de nécessité, de subsidiarité, de proportionnalité et d'individualisation des mesures de protection aujourd'hui expressément consacrés par la loi du 5 mars 2007 (nouvel article 428 du code civil).

L'état de vulnérabilité peut être plus aisément reconnu lorsque sa prise en considération entraîne l'application de règles protectrices qui n'entravent pas substantiellement la liberté d'action de leur bénéficiaire. Sans vérification particulièrement approfondie, un âge avancé, une santé altérée peuvent être ainsi tenus pour des causes de vulnérabilité. Ainsi font-ils l'objet de dispositifs protecteurs spécifiques en matière d'emploi (« Les personnes âgées, ou dont la santé est altérée, et l'emploi »). L'âge ou le handicap du locataire peuvent aussi lui donner à certaines conditions le droit de se maintenir dans les lieux ou de prétendre à une offre de relogement (« Les personnes vulnérables et le droit des baux d'habitation »). De manière plus générale, lorsqu'un état de faiblesse est caractérisé, les contrats conclus peuvent être remis en cause s'il est établi que l'une des parties a abusé de cette situation pour se faire consentir des avantages injustifiés. Le contrat est alors entaché du vice de violence (article 1112 du code civil). Quant à l'auteur de celle-ci, et dans le respect du principe de légalité, il peut être pénalement sanctionné (« Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la chambre criminelle »).

1.4.2. La vulnérabilité se détache ainsi progressivement de l'incapacité. À cet égard, l'évolution la plus importante est dans la diversification des causes. Parce que le droit civil a peu à peu admis le principe de sa coexistence avec un droit social, l'appréciation d'une situation de faiblesse a porté non plus seulement sur les caractéristiques personnelles de l'individu, mais également sur les conditions économiques de son existence. On protégeait l'incapable, on a aussi protégé le surendetté.

Il ne faut pas exagérer les ruptures que marque cette évolution. Le libéralisme juridique qui inspire nos institutions a partie liée avec la philosophie des Lumières. Or, ceux qui se sont prévalus de cette philosophie n'ont jamais totalement mésestimé les conditions matérielles de la liberté. Si le suffrage fut un temps censitaire, c'est parce que, pensait-on, la qualité de propriétaire conditionnait celle d'homme libre. Sieyès dit les choses en termes particulièrement crus : « Parmi les malheureux voués aux travaux pénibles, producteurs de la jouissance d'autrui et recevant à peine de quoi sustenter leur corps souffrant et plein de besoins, dans cette foule immense d'instruments bipèdes, sans liberté, sans moralité, ne possédant que des mains peu gagnantes et une âme absorbée, est-ce là ce que vous appelez des hommes ? Y en a-t-il un seul qui fût capable d'entrer en société ? » C'est bien pourquoi, à défaut d'offrir la propriété à tous les citoyens, les pouvoirs publics ont lentement œuvré à la constitution de garanties semblables à celles censées s'attacher à la qualité de propriétaire. Le droit social et spécialement le droit de la protection sociale s'inscrivent dans cette perspective. Il faut donner à chacun les moyens de la liberté et, de la sorte, lui épargner les situations qui le rendent à proprement parler vulnérable, c'est-à-dire incapable d'exercer les libertés que lui donne sa qualité de sujet de droit. C'est avec raison qu'il est écrit qu'en matière de sécurité sociale « c'est la règle de droit dans son principe même qui constitue la réponse à la vulnérabilité face aux risques et aléas de l'existence des personnes auxquelles elle s'applique » (« Vulnérabilité et droit de la sécurité sociale »).

La vulnérabilité est moins dans le risque et l'aléa que dans les conséquences qui en résultent. Dans le cours normal des choses, il faut compter sur le hasard. Cependant, pour inévitables que soient les malheurs de l'existence, il est à tout le moins possible d'en contenir les suites économiques. La sécurité sociale permet ainsi de préserver les conditions matérielles de ceux qui, notamment parce qu'ils sont atteints physiquement, sont exposés à perdre leurs ressources. Et comme le rappelle la deuxième chambre civile (« Vulnérabilité et droit de la sécurité sociale »), cette considération d'ordre général a pesé sur l'évolution du régime de la faute inexcusable de l'employeur en matière de maladies professionnelles. En un mot, il faut éviter qu'à la souffrance s'ajoute la vulnérabilité. Et cela explique l'attention que porte la chambre sociale aux facteurs de précarité dans la relation de travail (« Contrats de travail et précarité »). Un contrat précaire, c'est en effet un contrat qui ne garantit aucune pérennité des ressources du salarié concerné, d'autant qu'en temps de crise ce dernier est le premier à pâtir des réductions d'effectifs. On peut d'ailleurs comprendre que la chambre sociale apparente le temps partiel à la précarité, car, de fait, il donne peu de ressources et fragilise ainsi la situation du travailleur. À noter toutefois que le propos mérite ici la nuance. Comme le relève la chambre sociale, la précarité de la relation de travail est aussi l'un des outils des politiques de l'emploi. Les contrats aidés peuvent ainsi servir de marchepied à un emploi durable. Au rebours des principes traditionnels, la jurisprudence admet alors qu'ils peuvent permettre de pourvoir un poste lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Le droit social, entendu au sens large, ne peut pas tout. Un salarié peut être surendetté ou encore pauvre au point de ne pouvoir se loger. Dès lors, la conception économique de la vulnérabilité, qui associe celle-ci à une insuffisance de ressources, se manifeste dans bien d'autres branches du droit. Cette insuffisance n'est pas apparentée à une incapacité de telle sorte que la constater, abstraction faite d'autres circonstances, ne suffit pas pour identifier une cause d'annulation d'un contrat ou un abus de faiblesse (« Les personnes vulnérables

dans la jurisprudence de la chambre criminelle»). Elle est considérée comme une atteinte de fait à l'exercice de droits fondamentaux, que ce soit l'accès au logement (« Les personnes vulnérables et le droit des baux d'habitation »), ou encore à la justice (« L'accès à la justice des personnes aux ressources insuffisantes »). L'exercice de ces droits a nécessairement un coût de telle sorte que, mécaniquement, l'impossibilité de faire face à la dépense caractérise une situation de vulnérabilité. Abstraction faite de l'exercice d'un droit en particulier, le surendettement des particuliers donne également lieu à une telle situation. Il relègue les individus aux marges de la société et les place dans une situation d'indignité (« La protection des particuliers surendettés »), ce qui, à proprement parler, signifie qu'ils ne sont plus en mesure d'exercer leurs droits les plus essentiels.

1.4.3. Plus récemment, le législateur a semble-t-il pris conscience de ce que le droit lui-même peut susciter de la vulnérabilité. Si l'on accepte l'idée que la condition d'un individu puisse être dégradée par des circonstances autres que personnelles, il n'y a pas de raison impérieuse, parmi celles-ci, de s'en tenir uniquement à leurs aspects économiques. La condition juridique peut être source de vulnérabilité. C'est peu discuté pour l'étranger en situation irrégulière qui, ainsi fragilisé, est alors exposé à une exploitation abusive du fait d'employeurs ou de propriétaires peu scrupuleux. Faisant application des articles 225-13 et 225-14 du code pénal, la chambre criminelle n'hésite pas à déduire la dépendance, caractéristique d'une vulnérabilité, de la seule situation irrégulière de l'étranger abusé (« Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la chambre criminelle »).

Avec raison, la chambre criminelle invite cependant à certaine prudence dans le maniement de cette notion de vulnérabilité juridique. Les besoins de la procédure pénale et de la répression peuvent conduire la justice à placer les citoyens dans un « état d'infériorité » que d'aucuns seraient tentés d'assimiler à une situation de vulnérabilité. En même temps, donner suite à cette idée reviendrait à condamner ce qui apparaît comme une nécessité. Ce serait considérer la norme pénale comme l'expression d'une pathologie. Ce qui est logiquement douteux, quoi que l'on pense des conditions dans lesquelles s'exerce la répression.

Il faut donc retenir que la vulnérabilité juridique ne se constate qu'à l'occasion de situations marginales et non lorsqu'une autorité publique exerce les pouvoirs qu'elle tient de la loi. Ce qui n'interdit pas de reconnaître une vulnérabilité lorsque ces pouvoirs s'exercent dans des conditions atypiques. De ce point de vue, le classement par la première chambre civile des étrangers en rétention administrative dans la catégorie des personnes vulnérables se justifie (« Le maintien en rétention des étrangers »). En effet, alors que le juge judiciaire est garant de la liberté individuelle, « un étranger en situation irrégulière en France, auquel une mesure d'éloignement est notifiée, peut faire l'objet d'une décision de maintien en rétention dans un local ne relevant pas de l'administration pénitentiaire ou en zone d'attente, qui émane d'une autorité administrative et dont l'appréciation échappe à la compétence du juge judiciaire pour relever de celle du juge administratif » (« Le maintien en rétention des étrangers »). Il y a là une configuration anormale, propre à fragiliser les individus concernés et justifiant une réaction appropriée du législateur et du juge.

Ultimement, il est d'ailleurs permis de se demander si l'exercice d'un droit ou d'une liberté, fussent-ils constitutionnellement garantis, n'est pas à même de rendre vulnérable

celui-là même qui l'exerce. Tel peut être le cas lorsque l'accomplissement d'une fonction, comme celle de délégué syndical, est intrinsèquement porteur d'un antagonisme, ce dernier émanant d'une personne (l'employeur) dotée d'un pouvoir propre à lui donner l'avantage dans le rapport de force ainsi constitué. Encore qu'en pareille hypothèse il paraisse plus approprié d'évoquer une conception réelle de la vulnérabilité.

1.5. La conception réelle de la vulnérabilité

Il est des hypothèses où certaines chambres de la Cour de cassation reconnaissent une personne vulnérable là où un individu exerce des droits ou des fonctions dans un contexte que ne caractérise aucune anormalité. Ainsi la deuxième chambre civile évoque-t-elle dans l'une de ses contributions le cas de l'emprunteur adhérent à une assurance de groupe pour couvrir les risques décès, invalidité et chômage (« L'obligation de l'établissement de crédit prêteur d'éclairer son client auquel il propose d'adhérer à une assurance de groupe pour couvrir les risques de décès, invalidité et chômage »). La chambre commerciale consacre également de longs développements aux investisseurs, emprunteurs et cautions (« La vulnérabilité en droit commercial ») ainsi qu'aux professionnels en situation de dépendance économique (« La notion de dépendance économique en droit de la concurrence »). La chambre sociale considère pour sa part que les salariés protégés, représentants élus du personnel et représentants syndicaux, méritent d'être protégés à raison de leur vulnérabilité (« Les salariés protégés »); pareillement pour les stagiaires en entreprise (« Brève réflexion sur les contours de la vulnérabilité du stagiaire en entreprise »).

Dans toutes ces hypothèses, les individus se bornent à exercer leur capacité juridique, qui pour investir, qui pour s'endetter et généralement s'assurer. Ou alors, ils agissent dans le cadre de droits et libertés constitutionnellement garantis, liberté syndicale et droit à la participation. Nous sommes en pleine normalité. S'endetter n'est pas sans risque, s'engager comme syndicaliste non plus. Le risque ne suffit cependant pas à caractériser la vulnérabilité (cf. n° 1.2.).

Celle-ci se révèle à la lecture des contributions précitées :

- à propos de l'adhérent à une assurance de groupe, il est relevé que « le choix des emprunteurs est contraint », que ceux-ci « ne peuvent discuter les garanties stipulées au contrat », qu'au surplus les clauses de ces assurances « sont souvent obscures quant aux garanties offertes », qu'enfin le domaine concerné est aussi « sensible humainement [*qu'*]économiquement » ;
- la chambre commerciale relève de son côté que, « en droit commercial, la personne [...] vulnérable protégée sera [...] celle qui se trouve anormalement exposée à prendre des risques inconsidérés », l'anormalité de l'exposition tenant au « défaut d'information », à la « situation économique [*de*] la personne » (par exemple un petit épargnant) ou encore à « la nécessité de l'opération » (par exemple la caution);
- concernant les salariés protégés, la chambre sociale estime qu'ils « sont particulièrement vulnérables aux discriminations de la part d'employeurs qui peuvent être tentés de les évincer en usant de leur pouvoir disciplinaire ou de leur pouvoir de direction » ; elle ajoute que « la tentation peut être forte, dans les entreprises où le fait représentatif est mal accepté,

de se débarrasser d'un salarié, jugé trop revendicatif, en mettant fin à son contrat de travail pour une cause apparemment objective » ;

– concernant le stagiaire, il est fait état d'une « situation de précarité et d'insécurité juridique » ; avec plus de précision, il est relevé que « le stagiaire ne peut pas refuser d'accomplir tout ou partie des “tâches” qui lui auront été confiées par l'entreprise d'accueil même si celles-ci ne relèvent pas, à l'évidence, d'une mise en pratique de ses connaissances spécifiques et ce d'autant plus que le stagiaire dépend de l'entreprise non par un lien de subordination au sens classique du droit du travail, mais en raison de la notation qui lui sera remise à son départ ».

Une synthèse peut être tentée en soulignant qu'à côté de la vulnérabilité personnelle il est, en quelque sorte, une vulnérabilité du fait des choses ; d'où le terme de conception réelle. La vulnérabilité ne résulte pas d'une faiblesse personnelle qui empêche *a priori* l'individu d'exercer convenablement l'ensemble des attributs de la personnalité juridique. Elle se constate lors de la conclusion d'un acte ou de l'exercice d'un droit à l'occasion desquels les circonstances rendent la personne vulnérable. La vulnérabilité est toujours celle d'une personne et se caractérise toujours par une faiblesse particulière du sujet de droit, mais elle s'observe ponctuellement et à raison des circonstances.

Cette conception de la vulnérabilité n'est pas toujours admise. Par exemple, lorsque la chambre criminelle a eu à se prononcer sur la qualification d'abus de faiblesse dans le droit de la consommation, elle a refusé l'idée que « la vulnérabilité [soit] révélée par les circonstances de la cause ». Elle a au contraire jugé que « le délit d'abus de faiblesse [...] suppose pour être caractérisé, l'existence d'un état de faiblesse ou d'ignorance de la victime, préalable à la sollicitation et indépendant des circonstances dans lesquelles elle a été placée pour souscrire l'engagement ». Cette rigueur est justifiée. Elle s'explique sans doute par la nécessité de respecter le principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Son bien-fondé a cependant une portée plus générale. L'admission sans nuances d'une conception réelle de la vulnérabilité conduirait à identifier celle-ci en toute occurrence. En effet, dans la multiplicité de leurs relations, les individus sont rarement dans un parfait rapport d'égalité. On est toujours le faible d'un autre de sorte qu'à systématiquement tenir compte ponctuellement des circonstances on serait souvent tenu d'admettre une situation de vulnérabilité. Forte en extension, la notion deviendrait faible en compréhension. À force d'être partout, elle ne serait nulle part.

Afin d'éviter les pièges d'une casuistique sans périmètre, deux bornes peuvent servir de points d'ancrage à une conception réelle de la vulnérabilité :

- par rapport au standard du bon père de famille, il importe de caractériser des circonstances qui grèvent sensiblement l'aptitude de l'individu à exercer librement ses droits. Il faut donc établir une situation inhabituelle d'ignorance ou de contrainte. De fait, celle-ci se constate dans les différentes situations visées ci-dessus ;
- il paraît également souhaitable de montrer que la vulnérabilité réelle est susceptible de dégénérer en vulnérabilité personnelle ; ainsi de l'emprunteur menacé de surendettement si son adhésion à une assurance de groupe se révèle sans effet en cas de sinistre ; ainsi du petit investisseur ayant mobilisé toute son épargne dans des produits risqués dont il ne maîtrisait pas le devenir ; ainsi du professionnel en situation de dépendance économique menacé par

la déconfiture au cas où la dépendance vient à disparaître ; ainsi du salarié protégé menacé de licenciement, du stagiaire exposé à un préjudice de carrière...

En un mot, la conception réelle de la vulnérabilité est aussi une conception spéciale.

2. LA PROTECTION DES PERSONNES VULNÉRABLES

2.1. Les raisons d'une protection

La protection des personnes vulnérables est d'abord le fait du législateur. Selon la formule de l'article 4 du code civil, c'est essentiellement le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi qui justifient l'œuvre prétorienne. Ainsi qu'il a été dit, celle-ci se signale plutôt par son volontarisme, précision étant faite que la complexité de la matière interdit une interprétation à sens unique.

Pour saisir les repères qui permettent à la jurisprudence de réaliser les nécessaires arbitrages, il convient au préalable d'identifier les raisons des règles protectrices des personnes vulnérables. Il en est une essentiellement. Dès lors que la vulnérabilité est une atteinte à la personnalité juridique, elle fait peser une menace sur la dignité des individus. Celle-ci s'entend parfois de « l'humanité de l'homme », c'est-à-dire du fait que l'homme est irréductible à toute autre entité distincte du genre humain, et qui s'exprime à travers la reconnaissance d'une série de droits, qualifiés de fondamentaux et en principe reconnus par un texte de portée supralégislative.

D'où d'ailleurs l'audace de la jurisprudence qui, lorsqu'il s'agit de protéger les personnes vulnérables, n'hésite guère devant l'application d'une norme internationale disqualifiant une règle interne. On l'a vu à propos du contrat « nouvelles embauches ». On le voit également à propos de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant dont la Cour de cassation, après des hésitations critiquées en doctrine, a fini par reconnaître l'application directe en droit interne (« L'application directe de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant »).

La référence à la dignité de l'homme peut entraîner un certain jusqu'au-boutisme et favoriser le syndrome de la « haine de soi », pour reprendre un mot de Montherlant : puisque c'est la dignité qu'il s'agit de protéger, on n'en fait jamais assez et, en tout cas, toujours moins que ce qu'exigent nos engagements internationaux. La contribution de la première chambre civile sur la Convention de New York montre bien qu'il ne faut céder à aucune de ces deux tentations. Tout d'abord, et pour commencer par celle évoquée en second, les règles du droit interne ne sont pas si souvent en contradiction avec les textes supranationaux qui engagent la France. Et, de ce point de vue, l'application directe de la Convention de New York n'a pas considérablement changé le sort des enfants français. Ensuite, le respect des droits nécessite des arbitrages dès lors que leur exercice est susceptible de heurter soit d'autres droits, soit encore d'impérieux principes. Ainsi, l'intérêt de l'enfant justifie sans doute que l'on favorise l'adoption des mineurs abandonnés, mais cette faveur, au moins en matière internationale,

doit s'accommoder d'un principe de coopération entre les États, ce qui suppose de tenir compte de la loi nationale du mineur concerné. Et si celle-ci interdit l'adoption, il n'est pas illégitime d'hésiter avant de l'autoriser en France. Tout arbitrage est un compromis de sorte que, le plus souvent, par nécessité, les droits nationaux sont toujours en deçà des déclarations de droits. Pour autant, ce n'est pas qu'il faille toujours les amender.

Au bénéfice de ces observations préalables, il y a lieu d'examiner plus concrètement comment la Cour de cassation met en œuvre les dispositifs de protection des personnes vulnérables, qu'il s'agisse de prévenir les situations de vulnérabilité, de les traiter, ou encore de sanctionner ceux qui les exploitent.

2.2. Prévenir les situations de vulnérabilité

Toutes les situations de vulnérabilité ne peuvent être évitées. L'âge, le handicap, de manière plus générale, l'altération des forces mentales ou physiques, sont des choses avec lesquelles il faut compter. La prévention se conçoit mieux à propos de la vulnérabilité économique. En ce qu'il empêche que les accidents de la vie et plus largement les difficultés de l'existence ne se traduisent, de surcroît, par une dégradation de la condition matérielle des individus, le droit de la sécurité sociale est le dispositif central aux fins de prévenir les situations de vulnérabilité. Ainsi qu'il a été dit, la Cour de cassation est volontariste. Les principes directeurs de la jurisprudence sont les suivants :

- une interprétation extensive des règles du droit de la protection sociale, qu'elles aient pour objet l'assujettissement aux différents régimes de sécurité sociale, la définition des bénéficiaires des prestations, le régime juridique des prestations sociales, ou encore qu'elles portent sur les couvertures complémentaires de prévoyance et de retraite ;
- une atténuation du déséquilibre « qui caractérise, par la force des choses, les relations entre les organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole et leurs usagers ».

On sait aussi que la refonte du régime de la faute inexcusable de l'employeur a permis d'améliorer considérablement le régime de réparation du risque professionnel. La situation de victime reste douloureuse. Elle n'est plus synonyme de vulnérabilité.

Dans cette perspective, il faut aussi faire état de la jurisprudence de la chambre sociale autour du thème de la précarité dans la relation de travail. Il est sans conteste que cette précarité fragilise les individus et les expose à une dégradation de leur condition. C'est la raison pour laquelle, interprétant généreusement les textes du code du travail, qu'ils portent sur des contrats de travail à durée déterminée ou indéterminée, la jurisprudence s'efforce d'« atténuer ou de neutraliser les facteurs de précarité ». Contrôle approfondi des justifications de la précarité, application sans nuances des contraintes formelles, tels sont les principaux leviers.

Les situations de vulnérabilité dite réelle (cf. 1.5.) appellent des correctifs qui peuvent être perçus comme autant de dispositifs de prévention d'une vulnérabilité personnelle. Les règles protectrices de l'emprunteur, de l'assuré, de l'investisseur et de la caution sont en effet destinées à éviter leur déconfiture.

En cette matière, la jurisprudence a une part considérable. Elle n'a pas hésité à exiger des banquiers et des assureurs qu'ils aillent au-delà de leurs seules obligations légales (cf. les contributions de la deuxième chambre civile et de la chambre commerciale). Le banquier ne peut se contenter de délivrer les informations qui figurent sur l'offre de crédit. Il doit mettre en garde l'emprunteur non averti, compte tenu de ses capacités financières, sur les risques de l'endettement nés de l'octroi de prêts. Lorsqu'il est souscripteur d'une assurance de groupe qu'il soumet à l'adhésion de ses clients, il ne peut s'en tenir à la simple délivrance de la notice prévue par l'article L. 141-4 du code des assurances. Il doit désormais éclairer l'emprunteur sur l'adéquation des risques couverts à la situation personnelle de ce dernier. L'intermédiaire financier, au moins lorsqu'il est confronté à un investisseur non averti désireux de s'aventurer sur les marchés à terme, doit informer ce dernier des risques encourus, au-delà des informations réglementaires que requiert la circulation de tout produit financier.

Il faut d'ores et déjà pointer toute la subtilité de l'œuvre prétorienne, tenue d'arbitrer entre des considérations contradictoires. Qu'il s'agisse de protéger l'emprunteur, la caution, l'adhérent à une police d'assurance de groupe, l'investisseur, la protection passe pratiquement toujours par un banquier, qu'il prenne la qualité de prêteur, de souscripteur d'un contrat de groupe ou encore d'intermédiaire financier. Or, il est un principe dit de non-ingérence ou de non-immixtion du banquier dans les affaires de son client qui invite à modérer l'intervention du premier dans l'assistance du second. Ce principe peut se comprendre comme un cantonnement des obligations du banquier, en droit de demander que celles-ci demeurent centrées sur son cœur de métier qui, faut-il le rappeler, consiste dans le commerce de l'argent (encore est-ce moins vrai pour les banques d'affaires). Il peut aussi s'interpréter comme une règle protectrice de la liberté du client, étant précisé que celui qui détient l'argent, donc le nerf de la guerre, est exposé à la tentation d'utiliser ce levier pour exercer une illégitime emprise sur les affaires de son client. Dès lors, si le banquier peut informer, il ne peut conseiller. Et si l'on veut qu'il fasse plus qu'informer, alors il y a lieu de trouver un intermédiaire entre l'information et le conseil, ce à quoi s'est employée la Cour de cassation à travers la notion de mise en garde.

Il est incidemment permis de s'interroger sur la portée de cette évolution, d'autant qu'abstraction faite de la protection de l'emprunteur adhérent à une assurance de groupe la prévention du risque de déconfiture lié à des opérations financières (emprunt, cautionnement, investissement) est réservée à des profanes. Sans doute la mise en garde de ces derniers leur laisse-t-elle toute liberté d'action. Aussi bien peut-on s'arrêter à l'idée qu'elle permet de faire mieux qu'informer et moins que conseiller. Cependant, il est aussi permis de penser qu'une mise en garde réussie est celle qui conduit le profane à renoncer à l'opération projetée. L'objectif est de lui faire comprendre qu'il n'a pas les capacités pour conclure le contrat qu'il envisage. Ce d'autant plus qu'en qualité de profane, et donc généralement de consommateur, il s'aventure dans un domaine qui n'est pas le sien. Il fait de la finance sans être financier. Il investit là où l'on attendrait qu'il consomme. En conséquence, mieux vaut qu'il s'abstienne si les risques sont trop importants.

Ce faisant, il s'opère peut-être un glissement de sens. Traditionnellement, la protection des parties faibles s'inscrivait dans une logique néolibérale. On croyait encore à l'autonomie de la volonté. Cependant, compte tenu des asymétries d'information, on jugeait opportun de

la rendre effective. Les règles protectrices avaient alors pour objet de conforter le consentement des individus. Il fallait faire mieux que la théorie des vices du consentement pour s'assurer que ce dernier, *via* l'information et le conseil, soit réellement libre et éclairé. Lorsqu'il est question de mettre en garde, il s'agit plutôt de donner un développement économique aux règles de capacité. Ainsi, lorsque la protection des parties faibles traduit la volonté de prévenir les situations de vulnérabilité, il se peut que l'on passe d'une obligation d'information et de conseil destinée à consolider le consentement à un devoir de mise en garde, vecteur d'un contrôle de capacité.

2.3. Traiter les situations de vulnérabilité

S'il y a des situations de vulnérabilité, il ne saurait y avoir de traitement uniforme. En même temps, au-delà de la diversité (2.3.2.), il y a des constantes (2.3.1.).

2.3.1. Au titre des constantes, retenons une certaine prudence de la Haute Juridiction à l'égard des aspects moraux de la question. Comme le relève la deuxième chambre civile dans sa contribution consacrée à l'accès à la justice, « la Cour de cassation refuse de priver le demandeur à l'aide juridictionnelle, alors même qu'il serait de mauvaise foi, du bénéfice de l'assistance d'un avocat ». Cette même formation doit tenir compte de la mauvaise foi des débiteurs pour leur refuser l'accès aux procédures de traitement des situations de surendettement. Elle ne peut faire autrement puisque la bonne foi est légalement une condition pour obtenir le bénéfice de ces procédures. En même temps, la deuxième chambre civile donne à cette condition une portée minimale. Sauf dérogation légale expresse, le juge s'interdit de relever d'office la mauvaise foi du débiteur. S'il la constate un jour, il n'exclut pas que le lendemain la bonne foi soit admise. S'il la sanctionne, c'est uniquement parce qu'elle est en rapport direct avec le surendettement. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle jugé, comme le relève le rapport la deuxième chambre, que « la faute intentionnelle d'un salarié ayant entraîné son licenciement, lequel était à l'origine de difficultés financières, ayant d'abord conduit l'intéressé à emprunter puis à ne plus pouvoir faire face aux remboursements, est sans rapport avec la situation de surendettement et ne caractérise donc pas sa mauvaise foi au sens du droit du surendettement ».

D'aucuns jugeront que le libéralisme de la jurisprudence confine à la complaisance. En même temps, au regard de l'impératif de dignité qui justifie la protection des personnes vulnérables, ces solutions sont assurément cohérentes. Lorsque c'est une conception de l'humanité que l'on défend, il est douteux de s'arrêter aux causes de la vulnérabilité pour refuser d'en traiter les conséquences. Ainsi la Cour de cassation ne se fait-elle pas disciple de La Fontaine et il y a plutôt lieu de s'en réjouir. Ayant à traiter de questions sociétales de première importance, il lui revient de faire preuve d'une hauteur de vue supérieure à celle d'une fourmi.

D'autant que la vulnérabilité est bien souvent l'occasion d'une double peine. Non seulement elle empêche les individus de jouir du plein exercice de leur personnalité juridique, mais encore elle les marque au point le plus souvent de leur attirer des nuisances supplémentaires. Comme si la proximité des personnes vulnérables faisait craindre un effet de contagion, il n'est pas rare qu'on s'efforce de les maintenir dans leur isolement. À travers

l'incrimination du délaissement, la chambre criminelle sanctionne cette attitude. Mais l'incrimination est rarement constituée. Le plus souvent, l'isolement n'engendre aucune culpabilité. Ainsi la chambre sociale rappelle-t-elle que, pour la tranche d'âge allant de 15 à 64 ans, le taux d'activité des personnes handicapées est de 44 % alors que pour celles qui ne le sont pas, il atteint 71 %. Souffrant de leur vulnérabilité, elles sont au surplus victimes de discrimination. Lorsque le handicap et, plus généralement, l'état physique et moral d'une personne ne l'empêchent pas d'exercer une activité, il importe en conséquence de lutter contre la discrimination qui s'exerce au détriment des personnes vulnérables. La Cour de cassation considère qu'aujourd'hui la HALDE est sans doute mieux armée que le juge pour mener ce combat. Ce qui n'entame en rien sa vigilance, notamment lorsqu'il lui revient, à travers sa chambre sociale, d'appliquer les règles propres à garantir l'accès à l'emploi et le maintien dans l'emploi des personnes âgées ou dont la santé est altérée. Même observation lorsque la même chambre veille au respect des salariés protégés.

À noter toutefois qu'ayant accédé à une situation juridique qui leur était préalablement refusée les personnes vulnérables ne sauraient alors échapper aux obligations qui s'y attachent. Comme le rappelle la troisième chambre civile à propos du logement, « le locataire vulnérable n'est pas moins tenu qu'un autre de remplir toutes les obligations pesant sur le preneur », qu'il s'agisse du « paiement d'un loyer fortement revalorisé » ou de « l'obligation d'user paisiblement des lieux loués ». Sujet de droit, la personne vulnérable n'a cependant pas tous les droits.

Ces règles sont également la marque d'une troisième constante dans le traitement des situations de vulnérabilité. Autant qu'il est possible, il importe de sortir les individus de ces situations. C'est dans cette perspective que se situent les procédures de surendettement, spécialement depuis la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, qui a permis l'effacement des dettes après un moratoire de trois ans, et depuis la loi du 1^{er} août 2003 sur la ville et la rénovation urbaine ayant introduit dans notre droit la procédure dite de rétablissement personnel, laquelle s'apparente à une sorte de liquidation judiciaire avec clôture pour insuffisance d'actifs. La deuxième chambre civile indique bien que, si le but est « de sauvegarder les particuliers de la misère et de l'exclusion sociale », il est également « de leur garantir l'espoir d'une situation meilleure ». Confronté à des textes d'inspiration différente et donc à de sérieuses difficultés d'interprétation, la deuxième chambre les a parfois sollicités afin, dit-elle, de « favorise[r] de façon efficace le désendettement ». Selon ses propres mots, il faut désormais l'admettre, « le droit du surendettement des particuliers sacrifie à l'objectif de désendetter les débiteurs les plus obérés l'impératif juridique cardinal d'honorer ses obligations ».

En un mot, une personne vulnérable mérite protection, quelles que soient les causes de sa vulnérabilité. Au minimum, tout doit être fait pour qu'elle ne pâtisse pas de celle-ci et qu'elle en sorte au plus vite.

2.3.2. Mais là ne s'arrêtent pas les dispositifs de protection des personnes vulnérables. Si celles-ci ne sont pas en mesure d'exercer les attributs de leur personnalité juridique, il importe précisément de leur en donner les moyens. Autant que faire se peut, il s'agit d'effacer

les conséquences de la vulnérabilité, à tout le moins compenser les désavantages qui s’y attachent. Les méthodes varient selon les sources de la vulnérabilité.

Lorsque la vulnérabilité a une cause juridique (cf. 1.4.3.), il convient essentiellement de garantir les droits les plus essentiels de la personne concernée. La situation des étrangers maintenus en rétention administrative est à cet égard emblématique. La jurisprudence veille ainsi au respect du principe de loyauté lors de l’interpellation de l’individu ; ainsi, la première chambre civile rappelle qu’est irrégulière l’interpellation d’un étranger par des services de police qui, pour y procéder, ont utilisé sa convocation dans les locaux du service pour un examen de son dossier de mariage nécessitant sa présence personnelle. Elle rappelle que l’étranger maintenu en rétention a le droit de communiquer avec un tiers, le droit d’être assisté d’un avocat, le droit de rencontrer un médecin, le droit de ne pas être éloigné de ses enfants. À ce dernier égard, la Haute Juridiction a refusé de juger dans l’abstrait que la présence des enfants dans un centre de rétention constitue par elle-même un traitement inhumain et dégradant.

Lorsque la vulnérabilité a une cause socio-économique, son traitement passe essentiellement par l’octroi de moyens. C’est flagrant lorsqu’il s’agit de donner aux plus démunis l’aide juridictionnelle leur permettant d’accéder à la justice. La deuxième chambre civile pointe à cet égard « l’attention de plus en plus soutenue que porte la Cour de cassation à la nécessité de permettre aux plus démunis de se voir reconnaître un droit “concret et effectif” d’accès au juge ». L’aide matérielle peut être plus discrète. Ainsi, lorsque cette même chambre dispense un débiteur surendetté de vendre son logement principal compte tenu du fait qu’à l’aide de ses ressources il serait dans l’incapacité de se reloger. Dans ce cas, l’aide est indirecte. Le débiteur conserve son logement, et plus encore la propriété de ce dernier, par, en quelque sorte, une aide en moins prenant, en fait une dispense d’avoir à payer ses créanciers. La troisième chambre civile donne également des exemples de jurisprudences « dans lesquelles la notion de vulnérabilité n’est pas totalement étrangère ». Ainsi d’un arrêt dans lequel il est jugé qu’un médecin ne saurait répondre des dégradations commises par certains de ses patients dans les parties communes. Ledit médecin opérait dans un quartier sensible et traitait de nombreux toxicomanes. Le rendre responsable du fait des agissements de ces derniers l’eût incité à déménager, ce qui, en pratique, eût nui au droit à la santé des habitants de ce quartier. La même chambre fait cependant observer que le plus souvent les aides matérielles apportées aux personnes vulnérables sont décidées et quantifiées par le législateur ou le pouvoir réglementaire. En la matière, l’influence de la jurisprudence est nécessairement limitée.

La vulnérabilité peut être telle que, même en disposant d’une aide matérielle, la personne concernée n’est pas ou plus en mesure d’exercer correctement ses droits. Tel est le cas de celui dont les facultés mentales ou physiques sont altérées au point qu’il est nécessaire de le placer sous un régime d’incapacité. Dans ce cas, rien ne sert de rechercher l’effectivité des droits de la personne. Cette dernière se trouve de fait en retrait de la vie juridique et, malheureusement, rien n’y fait. L’objectif est alors de faire en sorte que nul ne profite de cette inaptitude pour léser les intérêts de la personne concernée. Il faut alors faire écran entre cette dernière et le reste de la société, ce que permettent, dans des mesures variables, les régimes de protection. Ainsi qu’il a été dit, cette façon de traiter la vulnérabilité est celle

qui requiert le plus de précaution dès lors qu'elle se traduit par une perte d'autonomie de la personne protégée. La première chambre civile rappelle à cet égard, et à propos de l'abrogation de la curatelle pour prodigalité, les termes de la circulaire d'application de la réforme des tutelles : « Lors de l'examen par le Parlement du projet de loi de réforme, les rapporteurs des commissions des lois ont souligné que la curatelle "pour prodigalité, intempérance et oisiveté" présentait le risque d'entraîner les personnes qui rencontrent des difficultés économiques, sociales ou financières vers un régime de protection juridique emportant une privation de leurs droits disproportionnée et constituant un frein à leur autonomie ». La première chambre civile insiste sur la jurisprudence par laquelle elle a facilité l'exercice des recours à l'encontre des décisions qui ouvrent les tutelles et les curatelles. De telles mesures sont au traitement juridique de la vulnérabilité ce que les soins palliatifs sont à la médecine. Elles sont d'une absolue nécessité, elles ne peuvent être qu'un dernier recours.

2.4. Sanctionner l'exploitation de la vulnérabilité

L'exploitation de la vulnérabilité est une atteinte à la dignité des individus. Il est normal qu'elle soit pénalement sanctionnée. La chambre criminelle nous rappelle à cet égard la multiplicité des incriminations qui permettent la poursuite et la sanction de ces abus :

- l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne particulièrement vulnérable (article 223-15-2 du code pénal) ;
- l'abus de faiblesse ou de l'ignorance d'une personne à l'occasion d'un démarchage à domicile (article L. 122-8 du code de la consommation) ;
- l'abus de personnes vulnérables ou dépendantes pour obtenir la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli, ou pour les soumettre à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine (articles 225-13 et 225-14 du code pénal).

L'interdiction pénalement sanctionnée du démarchage à l'occasion d'obsèques peut également se comprendre comme la volonté de sanctionner un abus de vulnérabilité résultant de circonstances personnelles douloureuses.

La chambre criminelle fait application de ces textes dans le strict respect du principe de la légalité. Mais ceux qui, par exemple, emploient des jeunes filles mineures et étrangères, sans les scolariser, sans les rémunérer et sans leur laisser leurs papiers, doivent savoir qu'ils ne pourront échapper aux termes d'une indiscutable prévention.

Les sanctions pénales ne sont pas exclusives de sanctions civiles. On ne parle pas des dommages et intérêts qui seront assurément dus à la victime d'un abus au titre de la responsabilité civile de son auteur. Il s'agit plutôt de sanctions qui, déconnectées du préjudice réellement subi par la victime mais lui profitant malgré tout, s'apparentent à ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler des peines privées. À propos des sanctions qui s'attachent à la méconnaissance des règles protectrices des salariés protégés, réintégration et indemnités, notamment, en cas de licenciement, la chambre sociale rappelle que l'objectif est de « dissuader l'employeur de mettre fin [au] contrat de travail » et que les indemnités visent « à sanctionner autant qu'à réparer ». De manière plus générale, lorsque la chambre sociale

procède à des requalifications, comme elle le fait à propos de contrats à durée déterminée ou de conventions de stage, la conséquence en est que le salarié, le plus souvent définitivement évincé lorsque la requalification survient, profite mécaniquement d'un régime indemnitaire sans lien avec le préjudice subi. Là comme ailleurs, l'objectif est bien de sanctionner autant que de réparer.

Aussi bien peut-on sérieusement conclure que la Cour de cassation est particulièrement sensible à la protection des personnes vulnérables. Elle identifie ces dernières avec discernement, elle les protège sans états d'âme.



**LES PERSONNES
VULNÉRABLES DANS
LA JURISPRUDENCE
DE LA COUR
DE CASSATION**

LES PERSONNES VULNÉRABLES DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION

Sommaire

I – CONTRIBUTIONS DE LA PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE DE LA COUR DE CASSATION	81
L'application directe de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant.....	83
1. LES ARRÊTS DE PRINCIPE DU 18 MAI 2005	86
2. LES EFFETS DE CES ARRÊTS SUR LA JURISPRUDENCE POSTÉRIEURE DE LA COUR.....	88
2.1. Les différents articles invoqués dans les moyens.....	88
2.1.1. Les visas des arrêts de cassation	89
2.1.2. La réponse dans les arrêts de rejet.....	91
2.2. Les résultats obtenus par l'application directe de la Convention internationale.....	92
2.2.1. Les droits de l'enfant.....	92
2.2.2. L'intérêt supérieur de l'enfant.....	93
Les majeurs protégés	97
0. INTRODUCTION.....	97
1. LE CONTRÔLE DES CONDITIONS D'OUVERTURE DES MESURES DE PROTECTION.....	99
1.1. Le rappel des deux conditions.....	99
1.2. La curatelle renforcée.....	101
1.3. La curatelle pour prodigalité.....	102
1.4. La loi applicable aux majeurs étrangers.....	103
2. LE CHOIX DES TUTEURS ET CURATEURS.....	103
3. LA RESPONSABILITÉ DES ORGANES DE LA TUTELLE.....	105
4. LES RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS DES JUGES DES TUTELLES.....	106
4.1. Le recours devant le tribunal de grande instance.....	106
4.2. Le pourvoi en cassation.....	109
4.3. La tierce opposition.....	110
5. LE RÉGIME DES DIFFÉRENTS ACTES JURIDIQUES ACCOMPLIS PAR UN MAJEUR PROTÉGÉ.....	110
5.1. Les actes de la vie courante	111
5.2. Le contrat de travail.....	111
5.3. L'homologation d'un contrat de changement de régime matrimonial.....	112
5.4. Le changement de bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie.....	112
5.5. L'exercice des actions en justice.....	114
5.6. L'aveu judiciaire	116
5.7. Le consentement à sa propre adoption par le majeur en tutelle.....	116
5.8. L'adoption d'un tiers par un majeur sous tutelle.....	117

Le maintien en rétention des étrangers	118
0. INTRODUCTION.....	118
0.1. Le rôle du juge judiciaire.....	118
0.2. À partir de quel moment le juge judiciaire peut-il être saisi?.....	119
1. LA PROTECTION DE L'ÉTRANGER LORS DE L'INTERPELLATION : LE PRINCIPE DE LOYAUTÉ.....	119
2. LA PROTECTION DE L'ÉTRANGER LORS DE L'AUDIENCE.....	120
3. LA PROTECTION DE L'ÉTRANGER PENDANT SA RÉTENTION.....	121
3.1. L'étranger en zone d'attente.....	121
3.2. L'étranger maintenu dans un local de rétention administrative.....	121
3.3. L'étranger maintenu dans un centre de rétention administrative.....	122
3.3.1. Droit de communiquer avec un tiers.....	122
3.3.2. Droit à être assisté d'un avocat.....	123
3.3.3. Droit de rencontrer un médecin.....	123
3.3.4. La situation d'un étranger accompagné d'un enfant.....	123

II – CONTRIBUTIONS DE LA DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE DE LA COUR DE CASSATION..... 125

La protection des particuliers surendettés	127
1. CONDITIONS RELATIVES À LA SITUATION PERSONNELLE DU DÉBITEUR.....	130
1.1. Conditions relatives à la situation juridique du débiteur.....	130
1.2. Conditions relatives au comportement du débiteur.....	131
2. CONDITIONS RELATIVES À LA SITUATION PATRIMONIALE DU DÉBITEUR.....	137
2.1. Inventaire de l'actif.....	138
2.2. Dettes prises en considération.....	139
2.3. La détermination de l'état de surendettement.....	143
2.4. La situation irrémédiablement compromise.....	145
3. CONCLUSION : LA FINALITÉ DE LA PROCÉDURE DE TRAITEMENT DU SURENDETTEMENT.....	146

L'accès à la justice des personnes aux ressources insuffisantes : le contentieux de l'aide juridictionnelle porté devant la Cour de cassation (1980-2009)..... 149

0. INTRODUCTION.....	149
0.1. Principes et exigences du droit européen.....	149
0.2. Cadre juridique national.....	149
0.3. Le champ de l'étude.....	150
1. ÉVOLUTION ET CARACTÉRISTIQUES DU CONTENTIEUX PORTÉ DEVANT LA COUR DE CASSATION.....	151
1.1. Un contentieux en progression qui est majoritairement traité par la deuxième chambre civile et par la chambre sociale.....	151
1.2. Des pourvois qui concernent essentiellement des procédures sans représentation obligatoire et des procédures orales devant les juges du fond.....	153

1.3. Des pourvois qui concernent des juridictions devant lesquelles l'assistance des personnes paraît peu organisée.....	153
1.4. Des pourvois dans lesquels l'aide juridictionnelle a été plus souvent sollicitée pour agir en justice.....	154
1.5. Des pourvois très largement présentés par des personnes bénéficiaires de l'aide juridictionnelle devant la Cour de cassation	155
1.6. Un taux de publication des arrêts important.....	156
2. RÉSULTATS DES POURVOIS PAR NATURE DE CONTENTIEUX	157
2.1. Effets de l'aide juridictionnelle.....	157
2.1.1. Le droit à l'assistance d'un avocat	157
2.1.1.1. La jurisprudence tient compte de la grande diversité des situations.....	157
2.1.1.2. Diversité des visas des arrêts de cassation qui sanctionnent le défaut d'assistance	158
2.1.1.3. Un contentieux qui met en évidence des dysfonctionnements institutionnels	159
2.1.1.4. Indifférence du critère de bonne ou mauvaise foi	160
2.1.1.5. Une situation particulière : le droit à l'assistance à la fois d'un avocat et d'un avoué devant les cours d'appel dans les procédures avec représentation obligatoire	160
2.1.1.6. La Cour de cassation entend cependant responsabiliser les professionnels après leur désignation au titre de l'aide juridictionnelle	160
2.1.2. Les frais pris en charge par l'aide juridictionnelle : affirmation par la Cour de cassation des principes posés par l'article 40 de la loi du 10 juillet 1991	161
2.2. Effet interruptif de la demande d'aide.....	161
2.2.1. Interruption des délais pour agir.....	161
2.2.1.1. Interruption des délais pour agir devant les juridictions du fond : l'article 38 du décret.....	161
2.2.1.2. Interruption des délais pour le dépôt du pourvoi ou des mémoires devant la Cour de cassation : l'article 39 du décret	162
2.2.2. Interruption du délai de péremption.....	163
3. CONCLUSION	163

L'obligation de l'établissement de crédit prêteur d'éclairer son client auquel il propose d'adhérer à une assurance de groupe pour couvrir les risques de décès, invalidité, chômage 165

1. LA VULNÉRABILITÉ DE L'EMPRUNTEUR/ASSURÉ	166
1.1. Une assurance de groupe.....	166
1.2. L'insuffisance des obligations générales d'information.....	168
1.2.1. Des garanties souvent limitées et obscures	168
1.2.2. Les obligations formelles d'information – la remise de la notice	169
1.2.3. Le banquier n'est pas tenu de conseiller la souscription d'une assurance complémentaire.....	170
2. L'OBLIGATION D'ÉCLAIRER LE CLIENT SUR L'INADAPTATION DE LA GARANTIE AU RISQUE.....	171
2.1. Évolution de la jurisprudence.....	172
2.1.1. Une jurisprudence censurant l'illusion de garantie	172
2.1.2. La consécration de l'obligation d'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à la situation personnelle de l'emprunteur.....	173
2.2. Le contenu de l'obligation d'éclairer (obligation de conseil ou de mise en garde?)..	175
2.3. Exécution de l'obligation, preuve et sanction du manquement du banquier	178
3. CONCLUSION	178

Vulnérabilité et droit de la sécurité sociale	179
1. LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE SÉCURITÉ SOCIALE.....	179
1.1. L'interprétation extensive des règles du droit de la sécurité sociale touchant au champ d'application et aux prestations des régimes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole.....	180
1.2. Les relations entre les organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole et leurs usagers.....	183
2. LA REFORTE DU RÉGIME DE LA FAUTE INEXCUSABLE DE L'EMPLOYEUR.....	185

III – CONTRIBUTION DE LA TROISIÈME CHAMBRE CIVILE DE LA COUR DE CASSATION..... 191

Les personnes vulnérables et le droit des baux d'habitation	193
0. INTRODUCTION.....	193
1. LES PRINCIPAUX CRITÈRES DE VULNÉRABILITÉ.....	194
1.1. L'âge.....	194
1.2. L'état physique.....	195
1.3. Le niveau des ressources.....	197
2. L'INCIDENCE DE LA VULNÉRABILITÉ.....	199
2.1. La vulnérabilité est créatrice de droits.....	199
2.1.1. Le droit de se maintenir dans les lieux aux mêmes conditions.....	199
2.1.2. Le droit de prétendre à une offre de relogement.....	200
2.2. La vulnérabilité n'affranchit pas le locataire de ses obligations.....	202
3. QUELQUES DÉCISIONS ÉPARSES DE LA COUR DE CASSATION DANS LESQUELLES LA NOTION DE VULNÉRABILITÉ N'EST PAS TOTALEMENT ÉTRANGÈRE.....	203
4. CONCLUSION.....	204

IV – CONTRIBUTIONS DE LA CHAMBRE COMMERCIALE DE LA COUR DE CASSATION..... 207

La vulnérabilité en droit commercial	209
1. LA VULNÉRABILITÉ DE L'INVESTISSEUR.....	211
1.1. La vulnérabilité de l'investisseur dans les opérations non spéculatives.....	212
1.1.1. Une information sincère et complète.....	212
1.1.1.1. La jurisprudence.....	212
1.1.1.2. La réglementation.....	213
1.1.2. Une information adaptée à son destinataire.....	214
1.2. La vulnérabilité de l'investisseur dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme.....	216
1.2.1. La mise en garde contre les risques encourus dans les opérations spéculatives... ..	216
1.2.2. La réparation des conséquences des manquements à l'obligation de couverture des opérations à terme.....	217
2. LA VULNÉRABILITÉ DE L'EMPRUNTEUR ET DE LA CAUTION.....	219

2.1. La distinction jurisprudentielle entre l'emprunteur ou la caution avertis et l'emprunteur ou la caution non avertis	219
2.1.1. Le principe de la distinction	220
2.1.2. L'enjeu de la distinction : le devoir de mise en garde.....	222
2.1.2.1. Le contenu du devoir de mise en garde	222
2.1.2.2. La sanction du devoir de mise en garde	223
2.2. La protection légale contre les cautionnements disproportionnés	224
 La notion de dépendance économique en droit de la concurrence.....	 226
 V – CONTRIBUTIONS DE LA CHAMBRE SOCIALE DE LA COUR DE CASSATION	 229
 Les personnes âgées, ou dont la santé est altérée, et l'emploi.....	 231
1. L'ACCÈS À L'EMPLOI DES PERSONNES VULNÉRABLES EN RAISON DE L'ÂGE OU DE L'ÉTAT DE SANTÉ	 232
1.1. L'interdiction des discriminations à l'embauche	232
1.2. Les mesures incitatives à l'embauche (ou actions prioritaires en faveur des personnes âgées et handicapées).....	234
1.2.1. L'obligation d'emploi de personnes handicapées dans les entreprises de vingt salariés et plus	235
1.2.2. Le contrat à durée déterminée seniors et la loi du 17 décembre 2008 imposant aux branches et aux entreprises de prendre des mesures en faveur de l'emploi des seniors par le biais d'un accord collectif ou d'un plan d'action	236
2. LE MAINTIEN DANS L'EMPLOI DES SALARIÉS ÂGÉS ET MALADES, INAPTES OU HANDICAPÉS.....	237
2.1. Les mesures préventives	237
2.1.1. L'obligation de sécurité de résultat	237
2.1.2. L'obligation (générale) d'adaptation du salarié	239
2.2. Les mesures de protection de l'emploi et d'accompagnement dans l'emploi.....	241
2.2.1. Les limitations du pouvoir de licencier	241
2.2.1.1. L'interdiction du licenciement en raison de l'état de santé du salarié et ses conséquences	241
2.2.1.2. L'encadrement de la mise à la retraite	242
2.2.2. Les mesures d'accompagnement (des travailleurs handicapés ou inaptes).....	244
 Contrats de travail et précarité	 246
1. LES RÉGIMES JURIDIQUES DU CONTRAT DE TRAVAIL INTÈGRENT À DES DEGRÉS DIVERS DES FACTEURS DE PRÉCARITÉ	 246
1.1. Les contrats de travail dont la durée est déterminée <i>a priori</i> : des contrats précaires par essence ?	246
1.1.1. Le contrat à durée déterminée	246
1.1.2. Les « contrats aidés »	247
1.1.3. Le contrat de travail temporaire (travail intérimaire).....	248
1.2. Des facteurs de précarité sont présents dans le contrat de travail à durée indéterminée.....	248
1.2.1. La période d'essai.....	248
1.2.2. Le changement imposé du lieu de travail (hors clause de mobilité).....	249
1.2.3. Le contrat de chantier	249

2. LES RÉGIMES JURIDIQUES DU CONTRAT DE TRAVAIL COMPORTENT DES ÉLÉMENTS QUI ATTÉNUENT OU NEUTRALISENT LES FACTEURS DE PRÉCARITÉ	249
2.1. Les tempéraments apportés à la précarité dans les contrats de travail de caractère temporaire.....	250
2.1.1. Un accès encadré et surveillé à l'emploi précaire.....	250
2.1.1.1. Le contrat précaire ne doit pas pouvoir durablement à l'activité normale et permanente de l'entreprise	251
2.1.1.2. La limitation des cas de recours.....	252
2.1.1.3. Formalisme des contrats précaires	255
2.1.2. Aménager la précarité afin d'en limiter les effets	257
2.1.2.1. Limitation de la durée	257
2.1.2.1.1. <i>Renouvellement encadré</i>	258
2.1.2.1.2. <i>Successions de contrats prohibées</i>	258
2.1.2.2. Garantie de la durée.....	259
2.1.2.2.1. <i>Le contrat ne peut être rompu avant l'échéance du terme</i>	259
2.1.2.2.2. <i>Les contrats à terme incertain doivent être conclus pour une durée minimale</i>	260
2.1.2.3. Réparation du préjudice	260
2.1.3. Les limitations de la précarité spécifiques aux « contrats aidés »	260
2.1.3.1. Favoriser l'embauche de personnes sans emploi	261
2.1.3.1.1. <i>Conditions de forme</i>	262
2.1.3.1.2. <i>Dispositifs d'accompagnement et de formation des salariés</i>	262
2.1.3.2. Assurer un complément de formation professionnelle	263
2.2. L'encadrement des facteurs de précarité présents dans le contrat à durée indéterminée.....	264
2.2.1. La période d'essai.....	264
2.2.2. Le contrat de travail à temps partiel.....	266
2.2.3. Le changement imposé du lieu de travail (hors clause de mobilité).....	267
2.2.4. Le contrat de chantier	267
Les salariés protégés	270
0. INTRODUCTION	270
1. LA VULNÉRABILITÉ DES SALARIÉS QUI DEMANDENT LA MISE EN PLACE D'ÉLECTIONS PROFESSIONNELLES ET DES SALARIÉS CANDIDATS À DES FONCTIONS REPRÉSENTATIVES.....	271
1.1. Les salariés qui demandent la mise en place d'élections professionnelles (articles L. 2411-6 et L. 2411-9 du code du travail)	271
1.2. Les salariés dont l'imminence de la candidature est connue de l'employeur (articles L. 2411-7, alinéa 2, et L. 2411-10, alinéa 2, du code du travail)	272
1.3. Les candidats aux élections professionnelles	272
2. LA VULNÉRABILITÉ DES SALARIÉS QUI EXERCENT UN MANDAT REPRÉSENTATIF	273
2.1. Transfert partiel d'entreprise	273
2.2. Changement dans les conditions de travail.....	274
2.3. Formation, évaluation, évolution de carrière et rémunération	274
2.4. Rupture du contrat de travail.....	274
2.4.1. Rupture du contrat de travail du salarié protégé et procédures spécifiques	275
2.4.2. L'appréciation du motif de la rupture.....	276
2.4.3. La sanction de la rupture abusive	278
2.4.3.1. La nullité de la rupture s'applique quelle que soit la cause de la violation du statut protecteur.....	278
2.4.3.2. Le droit à réintégration est tout aussi général.....	279
2.4.3.3. L'indemnisation, en revanche, varie selon les situations	280
3. LE SALARIÉ PROTÉGÉ RESTE VULNÉRABLE AU TERME DE SON MANDAT	281

Brève réflexion sur les contours de la vulnérabilité du stagiaire en entreprise	282
1. L'ÉTAT DE VULNÉRABILITÉ DU STAGIAIRE SAISI PAR LES TEXTES	282
1.1. La construction progressive d'un statut juridique.....	283
1.2. L'exigence d'un formalisme comme remède à l'insécurité juridique	284
2. L'INTERVENTION DU JUGE DANS LE CONTRÔLE DE LA QUALIFICATION DE « STAGE »	285
2.1. Une distinction indispensable : travail salarié et simple période de mise en pratique de connaissances acquises par l'élève ou l'étudiant.....	286
2.2. La faculté de requalifier une période de « stage » en un contrat de travail	287

VI – CONTRIBUTION DE LA CHAMBRE CRIMINELLE DE LA COUR DE CASSATION..... 289

Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la chambre criminelle	291
1. LA VULNÉRABILITÉ DE LA VICTIME.....	291
1.1. La vulnérabilité liée à l'état physique ou psychique de la personne	292
1.1.1. L'abus frauduleux de l'état de faiblesse	292
1.1.2. L'abus de faiblesse dans le droit de la consommation	293
1.1.3. La vulnérabilité comme circonstance aggravante	295
1.2. La vulnérabilité économique et sociale	296
1.2.1. La soumission à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine	296
1.2.2. Le problème particulier de la détention	297
1.2.3. Le démarchage à l'occasion d'obsèques	298
2. LE COMPORTEMENT DE L'AUTEUR ET SES CONSÉQUENCES.....	299
2.1. Les agissements tendant à profiter de la vulnérabilité d'autrui	299
2.1.1. L'abus et le préjudice au travers des infractions spécifiques.....	299
2.1.1.1. L'abus intentionnel.....	299
2.1.1.2. Le préjudice.....	300
2.1.1.3. La réparation du préjudice	301
2.1.2. L'abus de faiblesse au travers d'une infraction marginale : la recherche biomédicale non consentie.....	302
2.2. L'abandon de la personne vulnérable	303
2.2.1. L'abandon actif : le délaissement.....	303
2.2.2. L'abandon passif : l'omission de porter secours et la non-dénonciation de crime ou de délit.....	304
2.2.3. La vulnérabilité, fait justificatif	305
3. VULNÉRABILITÉ ET PROCÉDURE	305
3.1. La prescription	306
3.2. Le déroulement de la procédure pénale	306



Contributions de la première chambre civile de la Cour de cassation

L'application directe de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant

Est-ce que l'application directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, décidée par la première chambre civile dans deux arrêts du 18 mai 2005, a entraîné une amélioration sensible des droits des enfants, personnes vulnérables par hypothèse ? Telle est la question posée dans cette contribution.

Pour qu'un traité international soit d'application directe en droit interne (*self-executing*), deux conditions sont exigées : que le traité soit intégré dans l'ordre juridique national – c'est-à-dire ratifié et publié – et que ce traité énonce des droits expressément reconnus aux personnes, et non seulement des engagements pris par les États signataires. En effet, seule la reconnaissance de droits au bénéfice des personnes permet à celles-ci de s'en prévaloir directement devant les juridictions nationales.

Alors que le Conseil d'État a reconnu très tôt l'applicabilité directe de certaines dispositions de la Convention de New York, la Cour de cassation, en 1993, par une série de décisions, a jugé que la Convention relative aux droits de l'enfant ne reconnaissait pas à l'enfant des droits précis, déterminés, mais contenait des engagements pris par les États signataires, de sorte que ce traité n'avait pas d'application directe en France. Il ne pouvait donc pas être invoqué devant les juridictions judiciaires : c'est l'arrêt du 10 mars 1993¹, suivi de plusieurs autres, dans le même sens².

Les raisons de ces décisions³ tiennent à la distinction entre les conventions internationales : celles dont les dispositions sont d'application directe dans les États signataires – en ce sens que toute personne peut les invoquer devant les tribunaux, avec l'autorité d'une norme supérieure au droit interne (article 55 de la Constitution française) –, et celles qui ne créent que des obligations à la charge des États signataires, qui s'engagent à intégrer dans leur droit national les principes et recommandations contenus dans le traité. Dans ce dernier cas, les dispositions ne peuvent pas être invoquées devant les tribunaux, seul l'État doit agir pour mettre le droit interne en conformité avec le traité.

Pour placer un traité dans l'une ou l'autre catégorie, il faut procéder à l'interprétation de la volonté des États contractants, telle qu'elle résulte, spécialement, de la rédaction de la Convention. Or, dans le cas de la Convention de New York, il était apparu, dans un premier

1. 1^{re} Civ., 10 mars 1993, *Bull.* 1993, I, n° 103, pourvoi n° 91-11.310 – à propos de l'article 12 de la Convention.

2. 1^{re} Civ., 2 juin 1993, *Bull.* 1993, I, n° 195, pourvoi n° 91-17.487 – article 8-1 ; 15 juillet 1993, *Bull.* 1993, I, n° 259, pourvois n° 92-05.015 et 91-18.735 – article 30 ; Soc., 13 juillet 1994, *Bull.* 1994, V, n° 236, pourvoi n° 93-10.891 – article 26 ; 1^{re} Civ., 4 janvier 1995, *Bull.* 1995, I, n° 2, pourvoi n° 92-20.682 – article 12.

3. Cf. J. Massip, commentaire sous l'arrêt du 10 mars 1993, *D.* 1997, p. 361.

temps, au juge de cassation que les termes mêmes du traité impliquaient qu'il se bornait à consacrer des engagements des États signataires, sans instituer de droits subjectifs précis de nature à être directement invoqués devant les juridictions nationales.

Le texte dispose en effet : les États parties « s'engagent » (articles 2-1, 3-4), « prennent toutes les mesures appropriées » (articles 2-2, 19-1, 27-4, 28-2, 33, 35, 39), « respectent » (article 5), « reconnaissent... assurent » (articles 6, 15, 17), « veillent à ce que l'enfant » (article 9), « garantissent à l'enfant » (article 12), « s'emploient de leur mieux » (article 18).

Force est de reconnaître que ces formulations expriment des engagements des États signataires, plus qu'elles ne reconnaissent de droits précis et déterminés au bénéfice des enfants. Le caractère très général, voire vague, des dispositions protectrices énoncées va dans le même sens. Enfin, l'article 43 crée un « comité des droits de l'enfant », chargé, précisément, d'examiner les progrès accomplis par les États parties dans l'exécution des obligations contractées par eux en vertu de la Convention.

La position alors adoptée par la Cour de cassation a été très vivement critiquée par une doctrine majoritaire⁴.

Les auteurs ont fait valoir un certain nombre d'arguments.

Il a ainsi été affirmé que ces décisions conduisaient à paralyser l'application du traité, et même à en nier l'existence, faisant ainsi obstacle à l'exécution, par la France, de ses engagements internationaux. La critique était manifestement excessive. Un traité qui n'est pas reconnu d'application directe n'est pas pour autant un traité mort-né. Les engagements pris par l'État demeurent – et c'est bien pour assurer le respect de ces engagements que le Conseil d'État, juge de l'administration, veille à ce que les organes de l'État s'y conforment. La France a d'ailleurs mis en œuvre ces engagements, en prenant rapidement des mesures législatives dont chacun s'accorde à dire qu'elles en constituent l'exécution (loi du 8 janvier 1993).

Il était également fait observer que, si l'intention des États contractants est essentielle – ils ont entendu s'engager –, il existe des critères objectifs pour déterminer la vraie nature de la Convention par l'analyse approfondie de ses dispositions. Il faut alors envisager l'objet de la disposition : attribue-t-elle un droit précis à l'enfant ? Puis il faut vérifier le caractère parfait de la disposition : pour être efficace juridiquement et judiciairement, elle doit n'exiger aucune mesure interne complémentaire. Il faut admettre que la mise en œuvre de ces critères à propos de la Convention relative aux droits de l'enfant pouvait conduire à apporter des nuances à la solution adoptée par la Cour de cassation. Deux observations pouvaient être formulées à cet égard :

- Première observation :

La lecture même du texte de la Convention, telle que l'avait faite la Cour de cassation, n'était pas à l'abri de la critique. La Cour, en effet, s'était fondée sur l'article 4 (« les États

4. Par exemple, C. Neirinck et P.-M. Martin : « Un traité bien maltraité », *JCP* 93, I, 3677 ; M.-C. Rivier : « Un traité mis hors jeu », *D.* 1993, chron. p. 203.

s'engagent à prendre toutes les mesures ») pour démontrer que la Convention ne pouvait pas avoir d'application directe. Mais on pouvait observer, d'abord que cet article 4 devait être rapproché, spécialement, de l'article 2, par lequel les États « s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction ». La Convention se définit donc elle-même comme « énonçant des droits » et non seulement des engagements des États. Ensuite, comment assurer pleinement le respect et la garantie des droits sans application directe de la Convention devant les juridictions nationales ? La lecture de cet article 4 fait apparaître que les États s'engagent à « prendre les mesures nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus par la Convention ». Enfin, il était fait état du précédent de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont l'article 1 constitue un engagement des États parties pour reconnaître les droits et libertés définis par le traité, alors que l'applicabilité directe de cette Convention est certaine. L'argument n'était cependant pas sans réplique, car la Convention européenne reconnaît expressément les droits qu'elle garantit à toute personne (« Toute personne a droit... »). Mais il est vrai que toutes les conventions sur les droits fondamentaux comportent de tels engagements solennels, sans que cela constitue un critère d'inapplicabilité directe.

- Seconde observation :

Surtout, il était permis de penser que le rejet de toute application directe de l'ensemble de la Convention ne tenait pas suffisamment compte de la substance même des droits consacrés par cette Convention. S'il est exact en effet que beaucoup de dispositions pouvaient apparaître comme trop imprécises pour pouvoir être utilement invoquées devant une juridiction, il en était d'autres qui consacraient expressément des droits, précisément définis et, comme tels, parfaitement invocables devant le juge, avec l'autorité supérieure qui s'attache à une norme internationale. Il pouvait s'en déduire que certaines dispositions pouvaient être considérées comme d'application directe, dans la mesure où elles définissaient précisément les droits reconnus à l'enfant : ainsi, le droit au nom, à la nationalité, à la connaissance de ses parents (article 7), le droit à une protection spéciale de l'enfant privé de son milieu familial, le recours à l'adoption (article 20). Et l'on peut ajouter les dispositions sur le droit de l'enfant à être entendu dans toute procédure le concernant (article 12-2), la liberté d'expression (article 13) et la liberté de pensée et de religion (article 14). Sans oublier la disposition fondamentale, celle de l'article 3-1 selon laquelle, dans toute décision concernant l'enfant, « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Une évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation devait donc intervenir. Elle s'est discrètement amorcée, dès 1996, la première chambre civile ayant eu l'occasion de rejeter des moyens fondés sur la Convention de New York, sans reprendre sa première jurisprudence sur l'inapplicabilité directe, mais en laissant entendre que cette Convention n'avait pas été méconnue. Ce qui laissait supposer qu'elle pourrait l'être, et ce qui était un début de reconnaissance de l'applicabilité directe de certaines de ses dispositions.

Il faut citer également un arrêt de la première chambre du 18 avril 2000 (*Bull.* 2000, I, n° 112, pourvoi n° 97-20.809), qui, pour approuver une cour d'appel d'avoir refusé le retour d'un enfant dans son pays de résidence, relève le motif de la cour d'appel selon lequel ce

retour « portait atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant comme étant de nature à provoquer un déséquilibre psychologique grave ». Il est évident que, dans cette décision, la première chambre civile a, à dessein, repris explicitement ce motif, inspiré de la Convention de New York, afin de montrer que ce traité était pris en considération.

Un autre arrêt de la deuxième chambre civile du 4 juillet 2002, non publié⁵, statuant en matière de fixation de la résidence d'un enfant à l'occasion d'un divorce, cite expressément l'article 3 de la Convention de New York et l'intérêt de l'enfant.

Ces indices témoignaient d'une attention nouvelle de la Cour de cassation à l'égard de la Convention. Il fallait que l'occasion d'un pourvoi permette à la Cour de poursuivre sa réflexion. L'occasion s'est présentée en 2005. Nous examinerons successivement les arrêts de principe de 2005, puis leurs effets sur la jurisprudence postérieure de la Cour.

1. LES ARRÊTS DE PRINCIPE DU 18 MAI 2005⁶

Par deux arrêts du 18 mai 2005⁷, la première chambre civile a affirmé l'application directe, devant la juridiction française, de deux dispositions de la Convention de New York, dans les circonstances suivantes.

Le premier pourvoi concernait la fixation de la résidence habituelle d'un enfant à l'occasion du divorce des parents, la mère étant de nationalité américaine, et le père de nationalité française. L'enfant, une fillette alors âgée de 11 ans, résidait chez sa mère en France, lorsque celle-ci a décidé de retourner s'installer aux États-Unis. Le père a alors engagé une action tendant à la fixation auprès de lui de la résidence de l'enfant. Cette demande a été rejetée, en première instance, puis en appel. Le père a formé un pourvoi en cassation. Ce pourvoi reprochait exclusivement à la cour d'appel de ne pas avoir entendu l'enfant, alors que celle-ci, âgée de 12 ans, en avait fait la demande par une lettre adressée à la cour d'appel pendant son délibéré. Le moyen unique du pourvoi invoquait une violation de textes de droit interne. (Il s'agissait des articles 388-1 du code civil et 338-1 et suivants du nouveau code de procédure civile, selon lesquels le mineur capable de discernement peut demander à être entendu dans toute procédure le concernant ; il peut le faire en tout état de cause, et même devant la cour d'appel – sans toutefois avoir, de ce fait, la qualité de partie à l'instance. Et le texte précise que, lorsque l'enfant en fait la demande, son audition ne peut être refusée que par une décision « spécialement motivée ».)

5. Pourvoi n° 00-16.526.

6. 1^{re} Civ., 18 mai 2005, *Bull.* 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-20.613 et 1^{re} Civ., 18 mai 2005, *Bull.* 2005, I, n° 211, pourvoi n° 02-16.336.

7. Très commentés, par exemple : *JCP* 2005, II, 10081, note F. Granet-Lambrechts et Y. Strickler ; *Dr. famille* 2005, comm. 156, obs. A. Gouttenoire ; *Defrénois* 2005, p. 1418 et 1493, obs. J. Massip ; *JCP* 2005, II, n° 10115, concl. C. Petit et note C. Chabert...

Il est d'ailleurs remarquable de noter que ces dispositions sont issues d'une loi du 8 janvier 1993, qui contient un certain nombre de dispositions qui tendaient toutes – c'est la volonté expresse du législateur français – à mettre notre droit interne en harmonie avec la Convention de New York.

Dans notre espèce, la procédure apportait la preuve que la lettre par laquelle l'enfant demandait à être entendu par les juges était parvenue aux magistrats destinataires, pendant leur délibéré, mais qu'ils avaient rendu leur décision fixant la résidence de l'enfant chez sa mère aux États-Unis sans répondre à cette demande, ni y faire la moindre allusion. Il y avait donc violation des textes de droit interne rappelés ci-dessus, qui font obligation au juge – à tout stade de la procédure – de permettre à l'enfant de s'exprimer devant lui.

Mais ce pourvoi n'avait pas invoqué la Convention de New York.

La première chambre civile a cependant décidé de relever d'office l'application de ce traité, et cela pour deux raisons principales.

La première est que la Cour a voulu consacrer la prééminence de la norme internationale qui, sur le fond, se distingue de la loi interne. L'arrêt de cassation vise en effet les articles 3-1 et 12-2 de la Convention (avec les textes de droit interne), en ce que ces deux dispositions consacrent des droits reconnus expressément à l'enfant par la Convention :

- l'article 3-1 prescrit que l'intérêt supérieur de l'enfant soit tenu pour une considération primordiale dans toutes les décisions qui le concernent ;
- l'article 12-2 consacre le droit de l'enfant à être entendu par le juge.

La distinction avec les règles internes réside dans la notion de l'intérêt « supérieur » de l'enfant regardé comme une considération « primordiale », c'est-à-dire qu'elle doit primer toute autre considération, fût-elle parfaitement légitime. C'est donc tout autre chose que « l'intérêt de l'enfant », au sens du droit interne.

Il s'agit de droits reconnus à l'enfant, qui peuvent donc être invoqués directement devant le juge national, qui est tenu de leur donner tout leur effet. Et il appartient à la Cour de cassation de veiller au respect de la norme internationale.

La décision de la cour d'appel méconnaissait manifestement le droit interne français, mais plus encore les droits reconnus à l'enfant par la Convention de New York. C'est ce que la Cour de cassation a tenu à souligner.

La seconde raison est la volonté de la première chambre civile de faire évoluer sa jurisprudence vers la reconnaissance du caractère d'application directe d'un certain nombre de dispositions de la Convention de New York, se rapprochant ainsi de la jurisprudence du Conseil d'État afin de montrer clairement la volonté des deux ordres de juridiction de contrôler l'application de la Convention de New York par les autorités administratives et judiciaires. L'arrêt de la Cour de cassation s'exprime donc ainsi, après le visa des textes de la Convention de New York et du droit interne : « Attendu que dans toutes décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; que lorsque le mineur capable de discernement demande à être entendu, il peut présenter sa demande

au juge en tout état de la procédure et même, pour la première fois, en cause d'appel; que son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée ».

L'arrêt relève ensuite que la cour d'appel ne s'est pas prononcée sur la demande de l'enfant, pour conclure : « Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que la considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit de celui-ci à être entendu lui imposaient de prendre en compte la demande de l'enfant, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

Cette décision marque donc l'entrée de la Convention de New York dans la pratique des juridictions françaises, sous le contrôle de la Cour de cassation.

Un autre pourvoi, examiné à la même audience, a donné une autre occasion de se référer à la Convention de New York, cette fois-ci expressément invoquée par le pourvoi.

Il s'agissait d'une question de filiation et de contestation de reconnaissance de paternité, dans des circonstances au demeurant peu communes : dans un couple homosexuel féminin, l'une des partenaires met au monde un enfant, conçu par insémination artificielle avec donneur anonyme – donc, sans filiation paternelle établie. Mais cet enfant va être reconnu en qualité de père par la compagne homosexuelle, devenue depuis de sexe masculin par l'effet du transsexualisme. Cette reconnaissance est contestée, et les juges la déclarent nulle. Le pourvoi dirigé contre cette décision invoquait, notamment, l'article 3 de la Convention de New York, en reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans son arrêt de rejet du pourvoi, la première chambre civile précise que la cour d'appel « A tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, au sens de l'article 3 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, en organisant un droit de visite ».

2. LES EFFETS DE CES ARRÊTS SUR LA JURISPRUDENCE POSTÉRIEURE DE LA COUR

Comme on pouvait s'y attendre, cette jurisprudence a eu pour effet de multiplier les moyens fondés sur les articles de la Convention de New York. Pour présenter cette jurisprudence, nous évoquerons dans un premier temps les différents articles de la Convention invoqués dans les pourvois, puis les résultats obtenus quant aux droits de l'enfant par cette application directe du texte international.

2.1. Les différents articles invoqués dans les moyens

C'est l'article 3-1 sur la prise en compte, dans toute décision concernant l'enfant, de son intérêt supérieur qui est le plus souvent cité, puis l'article 12 sur l'audition de l'enfant,

l'article 7-1 sur le droit de l'enfant de connaître ses parents et enfin l'article 9 sur le droit de l'enfant de maintenir des relations avec ses deux parents⁸. Il est remarquable que ce dernier article, qui pourrait être cité dans tous les cas de séparation des parents, est rarement invoqué dans les pourvois⁹. Il est vrai que l'article 373-2 du code civil est très proche de cet article 9 de la Convention de New York.

L'article 3-1 est presque toujours cité, parfois seul, ou avec un autre article de la Convention. Il est ainsi rare qu'un autre article de la Convention soit invoqué sans que soit cité également l'article 3-1 qui peut être considéré à la fois comme le texte de référence et le texte général sur les droits de l'enfant¹⁰.

L'article 3-1 concerne ainsi tout le contentieux de l'autorité parentale, exercice conjoint ou non de l'autorité parentale, droit de visite et d'hébergement de l'un des parents, modification du lieu de résidence de l'enfant, délégation d'autorité parentale à un tiers.

Il est évoqué également dans le contentieux des enlèvements d'enfants, lorsqu'est appliquée la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

Il est aussi évoqué en matière d'adoption, s'agissant, à la fois, du nom de l'enfant adopté, et du refus de prononcer une adoption lorsque l'enfant a été recueilli en kafala à l'étranger dans un pays qui interdit l'adoption. Il est évoqué enfin en matière d'assistance éducative, mais, dans ce domaine, les arrêts sont beaucoup moins nombreux que dans celui de l'autorité parentale, domaine lié au contentieux du divorce¹¹.

Il y a beaucoup plus d'arrêts de rejet que d'arrêts de cassation. Les arrêts de cassation posent la question des visas ; ceux de rejet, celle de la réponse faite par la première chambre aux moyens fondés sur les articles de la Convention de New York.

2.1.1. Les visas des arrêts de cassation

Le texte de la Convention internationale est visé en premier, le texte ou les textes de droit interne ensuite, selon la formule « ensemble l'article tel ou tel du code civil ».

8. La recherche Jurinet « Convention de New York » et « droits de l'enfant » donne 47 arrêts, presque tous visent l'article 3-1, trois arrêts visent l'article 12, un arrêt l'article 7-1, et un l'article 9-1.

9. Par exemple : 1^{re} Civ., 22 mai 2007, *Bull.* 2007, I, n° 199, pourvoi n° 06-12.687 : le pourvoi invoquait l'article 9-3 de la Convention (« Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses parents ou de l'un d'eux d'entretenir des relations personnelles et des contacts direct avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt de l'enfant »).

10. Dans l'arrêt de la première chambre civile du 7 avril 2006 (*Bull.* 2006, I, n° 195, pourvoi n° 05-11.285; *AJ famille* 2006, p. 249, obs. F. Chénédey; *RTD civ.* 2006, p. 292, obs. J. Hauser, *Dr. famille*, comm. 124, obs. P. Murat), affaire très médiatisée du petit Benjamin, né sous X et reconnu avant sa naissance par son père, seul l'article 7-1 était cité sans l'article 3-1.

11. Par exemple : 2^e Civ., 7 juillet 2005, *Bull.* 2005, II, n° 188, pourvoi n° 04-17.663, pour une demande de récusation du juge des enfants.

On peut citer, à titre d'exemple, un arrêt du 13 mars 2007 de la première chambre civile¹² qui a énoncé :

« Vu l'article 3-1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, ensemble l'article 373-2 du code civil ;

Attendu que selon le premier de ces textes, dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; que selon le second, en cas de désaccord des parents lorsque le changement de résidence de l'un d'eux modifie les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge aux affaires familiales statue selon ce qu'exige l'intérêt de l'enfant ».

On a pu se demander si la référence à l'intérêt de l'enfant par le visa fait à la Convention internationale était utile lorsque le texte interne, lui-même, évoque cet intérêt comme dans l'exemple cité. Selon Mme Gallant, « la référence à l'article 3-1 de la Convention relative aux droits de l'enfant permet néanmoins de souligner que l'intérêt de l'enfant prime sur celui de l'un ou de l'autre des parents et que la considération de cet intérêt doit être au cœur de toute décision¹³ ».

C'est ainsi que les quelques arrêts de cassation visant l'article 3-1 et les articles du code civil en matière d'autorité parentale sont des hypothèses où les juges du fond ont été sanctionnés pour avoir mis en avant l'intérêt de l'un ou l'autre parent sans s'expliquer sur l'intérêt de l'enfant :

– 1^{re} Civ., 8 novembre 2005¹⁴ : il s'agissait du choix d'une école pour les enfants, le juge avait décidé que les enfants devaient être scolarisés dans une école francophone du fait de la nationalité du père ; « Qu'en se déterminant ainsi, en considération de l'intérêt du père et sans rechercher quel était l'intérêt supérieur des enfants qui ont la double nationalité française et luxembourgeoise, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés » ;

– 1^{re} Civ., 13 mars 2007¹⁵ : une mère avait été déboutée de sa demande de suppression d'exercice de l'autorité parentale du fait de l'incarcération du père ; « Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher quel était l'intérêt de l'enfant, considéré comme primordial, dans un contexte où l'expert avait relevé que la confrontation de D... aux transgressions du père l'obligeait, pour s'en protéger, à un clivage et à un rejet et que les visites à ce dernier n'étaient donc pas souhaitables car elles risquaient de le déstabiliser, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » ;

– 1^{re} Civ., 13 mars 2007¹⁶ : « Attendu que pour fixer la résidence de l'enfant, L..., chez sa mère et autoriser cette dernière à quitter, avec sa fille, le territoire français pour résider au Canada, l'arrêt énonce que M. A..., qui s'est investi tardivement dans sa paternité, après

12. *Bull.* 2007, I, n° 103, pourvoi n° 06-17.869, *Dr. famille* 2007, n° 125, obs. P. Murat, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 603, note E. Gallant.

13. Note préc., p. 606.

14. *Bull.* 2005, I, n° 404, pourvoi n° 02-18.360.

15. Pourvoi n° 06-12.655.

16. *Bull.* 2007, I, n° 103, pourvoi n° 06-17.869.

avoir consenti au départ de sa fille, s'y est opposé pour des raisons peu claires, semblant vouloir punir la mère qui, ayant favorisé les liens affectifs du père avec sa fille, ne pouvait être soupçonnée de vouloir faire obstacle à leurs relations ;

Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs sans rapport avec l'intérêt de l'enfant considéré comme primordial, ce qu'elle n'a pas recherché, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ».

2.1.2. La réponse dans les arrêts de rejet

Commentant un arrêt du 19 septembre 2007¹⁷ relatif à l'audition de l'enfant où était invoqué dans le moyen l'article 12-2 de la Convention, Mme Bourdelois remarque que la première chambre ne répond pas sur ce texte : « La comparaison est frappante : là où la Cour de cassation, dans cet arrêt de 2005¹⁸, et alors même que le pourvoi ne l'invoquait pas, a souligné que la cour d'appel avait "tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la Convention du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant", elle se contente ici de relever que la cour d'appel a pris en considération l'intérêt de l'enfant, sans viser aucun texte, sans même le qualifier de supérieur, ce qui aurait été au moins une référence implicite à la Convention internationale, les textes internes n'employant pas un tel qualificatif¹⁹. »

La même remarque peut être faite avec un arrêt du 27 mars 2008²⁰ où il s'agissait de la fixation de la résidence de l'enfant. L'article 3-1 était invoqué dans les deux branches du moyen, la Cour répond que « la cour d'appel, qui a pris en considération les besoins de l'enfant, a souverainement estimé qu'il était de son intérêt de fixer la résidence chez son père ».

Il en est de même dans deux arrêts du 16 avril 2008²¹.

Il est certain que, dans quelques arrêts récents, la première chambre civile ne fait pas toujours dans sa réponse référence, même implicite, à la Convention de New York, se contentant d'évoquer l'intérêt de l'enfant et non son intérêt supérieur considéré comme primordial.

Il semble ainsi que la référence à l'intérêt supérieur de l'enfant est plus volontiers faite dans les affaires où existe un élément d'extranéité, en particulier celles de transfert de résidence des enfants à l'étranger ou celles d'enlèvements d'enfants dans le cadre de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980²².

17. 1^{re} Civ., 19 septembre 2007, *Bull.* 2007, I, 286, pourvoi n° 06-18.379.

18. L'un des arrêts qui ont opéré le revirement de jurisprudence.

19. *Rev. crit. DIP* 2008, p. 608.

20. Pourvoi n° 07-14.301.

21. Pourvois n° 07-13.232 et 07-11.273.

22. Par exemple : 1^{re} Civ., 14 juin 2005, *Bull.* 2005, I, n° 245, pourvoi n° 04-16.942 ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 679, note D. Bureau ; *JDI* 2005, p. 1131, note C. Chalas ; 1^{re} Civ., 13 juillet 2005, *Bull.* 2005, I, n° 334, pourvoi n° 05-10.519 ; 1^{re} Civ., 10 juillet 2007, *Bull.* 2007, I, n° 261, pourvoi n° 07-10.190 ; 1^{re} Civ., 25 février 2009, pourvoi n° 08-18.126.

Dans les affaires purement internes, mettant en cause les seuls articles du code civil en matière d'exercice de l'autorité parentale, la formule est souvent, comme dans l'exemple ci-dessus, que l'intérêt de l'enfant a été souverainement apprécié par le juge.

2.2. Les résultats obtenus par l'application directe de la Convention internationale

On ne peut nier que l'enthousiasme du début est quelque peu retombé : il n'est pas certain que l'application directe des articles de la Convention ait entraîné une véritable promotion des droits de l'enfant énoncés par le traité, il n'est pas certain non plus, tout au moins pour ce qui concerne la première chambre civile, que l'intérêt supérieur de l'enfant considéré comme primordial dans l'article 3-1 ait réussi à écarter des dispositions légales impératives.

2.2.1. Les droits de l'enfant

Il semble qu'un seul arrêt ait énoncé un droit de l'enfant tiré du texte international qui ne figurait pas dans un texte interne. Il s'agit de l'arrêt déjà cité du 7 avril 2006 visant l'article 7-1 de la Convention et énonçant que, selon ce texte, « applicable directement devant les tribunaux français, l'enfant a, dès sa naissance et dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents ». Ce droit de l'enfant a permis la prise en considération de la reconnaissance prénatale du père de l'enfant alors que sa mère avait accouché sous X.

C'est ainsi que, dans un arrêt du 8 juillet 2009²³ où l'accouchement sous X était également au centre de l'espèce, l'article 7-1 de la Convention de New York n'a pas été sollicité dans le pourvoi, qui invoquait pourtant, dans la deuxième branche, le droit de l'enfant d'établir sa filiation maternelle. Des grands-parents s'opposaient à l'adoption plénière d'un enfant né sous X, dont la mère (leur fille) avait demandé le secret de son identité. Il leur a été répondu qu'en l'absence de filiation établie entre leur fille et l'enfant ils n'avaient pas qualité pour intervenir à l'instance en adoption.

Le droit de l'enfant à être entendu qui concernait l'un des arrêts du 18 mai 2005 a été plusieurs fois invoqué²⁴. Toutefois, l'arrêt du 19 septembre 2007²⁵, qui a considéré que l'audition de l'enfant devait être demandée au juge par l'intéressé lui-même et non par l'intermédiaire d'un tiers (en l'espèce une assistante sociale), a été très critiqué par la doctrine. Mme Bourdelois y voit une « interprétation en porte-à-faux avec la Convention de New York ». Selon cet auteur, en « prônant une telle interprétation de ce texte (l'article 388-1 du code

23. *Bull.* 2009, I, n° 158, pourvoi n° 08-20.153, ; *RJPF* 2009, n° 9, p. 37, note M. Ch. Le Boursicot, *Dr. famille* 2009, comm. 114, P. Murat, *AJ famille* 2009, p. 350, obs. F. Chénéde.

24. Par exemple : 1^{re} Civ., 22 novembre 2005, *Bull.* 2005, I, n° 434, pourvoi n° 03-17.912, *RTD civ.* 2006, 101, obs. J. Hauser, *Dr. famille* 2006, n° 6, p. 22, note A. Gouttenoire ; 1^{re} Civ., 19 septembre 2007, *Bull.* 2007, I, n° 286, pourvoi n° 06-18.379, *JCP*, éd. G, n° 6, p. 31, note A. Zelvevic-Duhamel, *Rev. crit. DIP* 2008, p. 605, note B. Bourdelois ; 1^{re} Civ., 8 octobre 2008, pourvois n° 07-16.070 et 07-18.812.

25. Cité ci-dessus.

civil), la Cour de cassation ne respecte pas l'article 12 de la Convention de New York, alors même que l'introduction de l'article 388-1 et sa modification par la loi du 5 mars 2007 ont eu justement pour objectif de mettre le droit français en conformité avec le droit conventionnel international²⁶. Elle ajoute : « on paraît bien démunie à l'heure actuelle lorsque la Cour de cassation entend définir à sa convenance, les indications données par la Convention internationale, l'étendue des droits qui peuvent être reconnus à un enfant²⁷ ». Elle invoque ensuite, pour remédier à la « désobéissance » de la Cour de cassation, l'intervention du législateur. Il semble toutefois que l'article 338-2 du code de procédure civile ajouté par le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 qui précise, à la suite de loi du 5 mars 2007, le nouveau régime d'audition de l'enfant en justice, ait retenu la solution adoptée dans cet arrêt de la Cour de cassation. Selon cet article, « la demande d'audition est présentée sans forme au juge par le mineur lui-même, ou par les parties. Elle peut l'être en tout état de la procédure et même pour la première fois en cause d'appel²⁸ ».

Lorsque la Cour de cassation respecte les textes votés par le législateur, les critiques sont également très fermes à l'encontre des arrêts qui refusent de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'énoncé à l'article 3-1 de la Convention des droits de l'enfant pour écarter ces textes.

2.2.2. L'intérêt supérieur de l'enfant

Selon Mme Gouttenoire, « l'intérêt supérieur de l'enfant ne fait pas le poids face à l'ordre public²⁹ », ou encore « la Cour de cassation refuse le recours aux droits fondamentaux³⁰ ».

Cette dernière formule concerne la jurisprudence de la première chambre civile sur les enfants recueillis en kafala et qui sont « interdits d'adoption » pour reprendre là encore les termes de Mme Gouttenoire.

Saisie de deux pourvois dans l'intérêt de la loi, la première chambre, dans deux arrêts du 10 octobre 2006, 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 H..., 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 ;

26. Commentaire préc., p. 611.

27. Commentaire préc., p. 612.

28. Cf. L. Francoz-Terminal, « Le nouveau régime de l'audition de l'enfant, concerné par une procédure judiciaire », *Dr. famille* 2009, p. 16.

29. *D.* 2009, p. 1920.

30. *JCP* 2009, éd. G, n° 10072.

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 susvisé³¹. »

La première chambre a maintenu cette jurisprudence en dépit des critiques de certains auteurs qui voudraient que l'article 3-1 de la Convention de New York permette au juge de passer outre la prohibition de l'article 370-3 du code civil, en considérant que l'intérêt supérieur de l'enfant exige que son adoption soit prononcée³².

Dans l'arrêt du 25 février 2009, le pourvoi fait à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel de Lyon (du 23 octobre 2007), qui avait refusé l'adoption de l'enfant, invoquait à la fois l'article 3-1 de la Convention de New York et les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Selon l'arrêt de la première chambre :

« Mais attendu qu'après avoir relevé que la règle de conflit de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, renvoyant à la loi personnelle de l'adopté, était conforme à la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, celle-ci n'ayant vocation à s'appliquer qu'aux seuls enfants adoptables, excluant ceux dont le pays d'origine interdit l'adoption, c'est sans établir de différence de traitement au regard de la vie familiale de l'enfant et sans méconnaître le droit au respect de celle-ci, que la cour d'appel, constatant que l'article 46 du code de la famille algérien prohibe l'adoption mais autorise la kafala, a rejeté la requête en adoption, dès lors que la kafala est expressément reconnue par l'article 20, alinéa 3, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, comme préservant, au même titre que l'adoption, l'intérêt supérieur de celui-ci ; que le moyen ne peut être accueilli. »

Pour Mme Gouttenoire³³, « le raisonnement de la Cour de cassation provoque un certain malaise parce qu'il conduit à donner une définition abstraite de l'intérêt de l'enfant qui doit au contraire s'apprécier *in concreto*, une telle définition ne se concevant que dans le cadre d'un contrôle de la conformité d'un texte avec l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant... En affirmant brutalement que la kafala satisfait l'intérêt supérieur de l'enfant, elle ferme la porte à toute appréciation concrète et nie la réalité de la situation de l'enfant objet d'une kafala ».

31. 1^{re} Civ., 10 octobre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 432, pourvoi n° 06-15.265.

32. 1^{re} Civ., 9 juillet 2008, *Bull.* 2008, I, n° 198, pourvoi n° 07-20.279, *Dr. famille* 2008, comm 113, obs. M. Farge ; 1^{re} Civ., 28 janvier 2009, *Bull.* 2009, I, n° 17, pourvoi n° 08-10.034 ; 1^{re} Civ., 25 février 2009, *Bull.* 2009, I, n° 41, pourvoi n° 08-11.033, *JCP*, éd. G, n° 10072, note A. Gouttenoire.

33. Commentaire cité ci-dessus.

Dans un arrêt du 25 octobre 2007, la cour d'appel de Paris, invoquant, certes à titre subsidiaire, l'intérêt supérieur de l'enfant, avait déclaré irrecevable l'action du ministère public visant à faire annuler la transcription des actes de naissance d'enfants nés à l'étranger à la suite d'un contrat de mère porteuse³⁴. L'arrêt a été cassé au visa des articles 423 du code de procédure civile et 16-7 du code civil qui interdit toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour autrui³⁵ (voir les références citées *in D.* 2009, p. 1920).

La première chambre a affirmé la recevabilité de l'action du ministère public en ces termes :

« Vu l'article 423 du code de procédure civile, ensemble l'article 16-7 du code civil ;

Attendu qu'aux termes du premier de ces textes, le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion de faits portant atteinte à celui-ci ; que, selon le second, toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ;

Attendu que par un jugement du 14 juillet 2000, la Cour suprême de Californie a conféré à M. X... la qualité de père génétique et à Mme Y..., son épouse, celle de mère légale des enfants à naître, portés par Mme Z..., conformément à la loi de l'État de Californie qui autorise, sous contrôle judiciaire, la procédure de gestation pour autrui ; que le 25 octobre 2000 sont nées A... et B... à ... ; que leurs actes de naissance ont été établis selon le droit californien indiquant comme père M. X... et comme mère Mme X... ; que M. X... a demandé, le 8 novembre 2000, la transcription des actes au consulat de France à Los Angeles, ce qui lui a été refusé ; qu'à la demande du ministère public, les actes de naissance des enfants ont été transcrits, aux fins d'annulation, sur les registres de l'état civil de Nantes, le 25 novembre 2002 ; que le 4 avril 2003, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Créteil a fait assigner les époux X... pour demander cette annulation ;

Attendu que, pour déclarer irrecevable l'action du ministère public fondée sur une contrariété à l'ordre public, la cour d'appel retient que le ministère public ne contestait ni l'opposabilité en France du jugement américain, ni la foi à accorder, au sens de l'article 47 du code civil, aux actes dressés en Californie, dans les formes usitées dans cet État ;

Qu'en se déterminant par ces motifs, alors qu'il ressort de ses propres constatations que les énonciations inscrites sur les actes d'état civil ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui, de sorte que le ministère public justifiait d'un intérêt à agir en nullité des transcriptions, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

La Cour n'a pas tranché la question de fond et n'a donc pas évoqué l'intérêt de l'enfant. Le débat entre l'ordre public et l'intérêt de l'enfant est ouvert. Faut-il au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant écarter les principes d'ordre public sur lesquels est fondé notre droit des personnes et de la filiation ?

34. Selon cet arrêt : « qu'au demeurant, la non-transcription des actes de naissance aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants, qui, au regard du droit français, se verraient priver d'actes d'état civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de leur père biologique ».

35. 1^{re} Civ., 17 décembre 2008, *Bull.* 2008, I, n° 289, pourvoi n° 07-20.468, *D.* 2009, p. 332, avis de D. Sarcelet, note L. Brunet.

Nous ferons une dernière remarque sur la conciliation entre l'application de l'article 3-1 de la Convention de New York et la mise en œuvre de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980. Certains auteurs ont pu craindre que le recours systématique à l'article 3-1 et à l'intérêt supérieur de l'enfant bloque le système mis en place par la Convention de La Haye. En effet, en cas de déplacement illicite, la Convention prévoit un retour immédiat de l'enfant dans son pays de résidence sauf en cas de danger pour l'enfant. Dans l'arrêt du 14 juin 2005 (cf. *supra*), la chambre a énoncé qu'il résultait des énonciations de la cour d'appel que l'intérêt supérieur de l'enfant avait été pris en considération pour décider du retour de l'enfant auprès de son père aux États-Unis.

Plusieurs autres arrêts ont donné des réponses très proches, et il semble qu'une telle crainte ne soit pas justifiée³⁶.

36. Cf. notamment 1^{re} Civ., 13 juillet 2005, *Bull.* 2005, I, n° 334, pourvois n° 05-10.519 et 05-10.521 ; 1^{re} Civ., 10 juillet 2007, *Bull.* 2007, I, n° 261, pourvoi n° 07-10.190 ; 1^{re} Civ., 25 février 2009, pourvoi n° 08-18.126.

Les majeurs protégés

0. INTRODUCTION

Le code civil n'emploie pas les termes de personnes vulnérables dans les articles consacrés aux majeurs protégés. Pourtant, ces derniers sont par définition des personnes vulnérables, des personnes qui peuvent être blessées, qui résistent mal aux attaques, selon la définition du dictionnaire³⁷.

Si certains majeurs sont protégés par la loi, c'est, selon l'ancien article 488 du code civil, issu de la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968, parce qu'une altération de leurs facultés personnelles les met dans l'impossibilité de pourvoir seuls à leurs intérêts ou en raison de leur prodigalité, de leur intempérance ou de leur oisiveté. À l'inverse, toutes les personnes vulnérables ne sont pas privées de tout ou partie de leur capacité³⁸. La catégorie des personnes vulnérables est donc plus large que celle des « incapables majeurs »³⁹. Cette dernière appellation, comme celle d'aliénés, jugée péjorative, est de moins en moins employée par le législateur et les tribunaux, au profit de celle de majeurs protégés. Plusieurs auteurs ont par ailleurs souligné l'utilisation de plus en plus fréquente de l'expression personnes vulnérables dans de nombreux textes contemporains, notamment en droit pénal⁴⁰.

La loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 « portant réforme du droit des incapables majeurs » a prévu que certains majeurs ne pourront bénéficier d'une pleine capacité d'exercice de leur droit à l'âge de 18 ans ; ils sont, en raison de leur vulnérabilité, assimilés en quelque sorte à des mineurs, afin d'être protégés et de protéger la société.

Les textes sur les majeurs protégés envisagent principalement l'hypothèse d'une vulnérabilité résultant d'une altération des facultés mentales : altération des facultés personnelles, insanité d'esprit, trouble mental. Mais l'altération des facultés corporelles est aussi envisagée dès lors qu'elle empêche l'expression de la volonté (cf. ancien article 490 du code

37. Les tribunaux mentionnent parfois expressément l'état de vulnérabilité résultant de l'altération des facultés, de l'isolement, de l'instabilité ou de la suggestibilité des majeurs protégés (cf. 1^{re} Civ., 7 juin 2006, pourvoi n° 04-10.125 et 1^{re} Civ., 12 décembre 2006, pourvoi n° 05-21.312).

38. Cf. pour le refus d'un maire de célébrer le mariage d'une personne considérée par lui comme « particulièrement vulnérable sur le plan médico-psychologique » : 1^{re} Civ., 6 février 2007, *Bull.* 2007, I, n° 49, pourvoi n° 06-10.403 ; pour la faute du directeur salarié d'une résidence pour personnes âgées ayant accepté un legs d'une résidente « particulièrement vulnérable » : Soc., 27 juin 2007, pourvoi n° 05-45.917 ; pour l'invocation d'un état de vulnérabilité et d'infériorité résultant d'une inaptitude aux affaires : 3^e Civ., 11 mars 2009, pourvois n° 08-10.337, 08-10.119 et 08-11.293.

39. Même si les deux termes sont parfois employés comme des synonymes (cf. le portail du site internet du ministère de la justice sur la réforme des tutelles : « Comment protéger une personne vulnérable » et la circulaire JUSCO 911895 C du 26 mai 2009 relative à la loi du 12 mai 2009 qui parle des « majeurs vulnérables »).

40. Cf. Laurence Mauger Vielpeau, « Les destinataires de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 : une loi d'action sociale ? », in *RD sanit. soc.* 2008, p. 809.

civil). En revanche, la vulnérabilité purement économique qui ne s'accompagnerait pas d'une altération des facultés intellectuelles ou physiques et qui ne serait pas due à la prodigalité n'est pas susceptible d'entraîner l'application des régimes de protection proprement dits.

Il est prévu deux types de protection, une protection ponctuelle à l'occasion d'un acte déterminé et une protection durable faisant intervenir un tiers. Lorsqu'un acte a été conclu par une personne qui n'était pas saine d'esprit, cet acte peut, sous certaines conditions, être annulé (cf. anciens articles 489, 489-1, 503, et article 901 du code civil). Une protection permanente est aussi prévue si les facultés d'une personne sont durablement altérées : il est alors mis en place un régime de protection, sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle⁴¹.

Si ces régimes ont pour but de protéger, ils portent également nécessairement atteinte à la liberté des personnes concernées. C'est pourquoi il est indispensable de limiter l'incapacité à ce qui est vraiment nécessaire pour la protection du majeur. L'ouverture d'une mesure de protection est un acte grave qui doit pouvoir être compris par la personne intéressée et, le cas échéant, contesté par elle dans le respect des grands principes de procédure et notamment du principe de la contradiction.

L'accroissement du nombre de mesures de protection prononcées chaque année, en raison notamment du vieillissement de la population⁴², fait que les pourvois en cassation sont fréquents, surtout au stade de l'ouverture de la mesure de protection⁴³.

Si un large pouvoir d'appréciation est laissé aux juges du fond, notamment quant à l'existence d'une altération des facultés mentales, la Cour de cassation veille à la motivation des décisions, au respect de la procédure et a parfois anticipé la loi nouvelle.

Cette loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs, a été publiée au *Journal officiel* du 7 mars 2007 mais n'est entrée en vigueur que le 1^{er} janvier 2009. Ainsi, durant presque deux ans, la Cour de cassation a statué dans un domaine où la législation allait être profondément modifiée en ayant connaissance non pas seulement de l'avant-projet ou des rapports préparatoires, mais des nouvelles dispositions telles que définitivement adoptées par le législateur. Elle n'a pas eu encore à connaître de décisions ayant fait application de la loi nouvelle. Cette loi a été suivie d'un décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008, relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le code de procédure civile, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009 et qui est applicable aux procédures en cours⁴⁴.

41. La présente étude de jurisprudence se limitera à l'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation concernant les régimes de protection et ne fera qu'évoquer les nullités d'actes pour insanité d'esprit sur le fondement des anciens articles 489, 489-1 et 503 du code civil.

42. Plus de 700 000 personnes sont aujourd'hui placées sous un régime de protection par le juge des tutelles.

43. La présente étude portera donc essentiellement sur les décisions publiées ou non de la première chambre civile en charge du droit des personnes et de la famille entre 2001 et 2009 et plus spécialement entre 2005 et décembre 2009.

44. La loi du 5 mars 2007 et le décret du 5 décembre 2008 ont (déjà) été modifiés par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

Le nouvel article 428 du code civil dans sa rédaction de la loi du 5 mars 2007 dispose qu'« une mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation, de celles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux et des règles des régimes matrimoniaux, en particulier celles prévues aux articles 217, 219, 1426 et 1429, par une autre mesure de protection judiciaire moins contraignante ou par le mandat de protection future conclu par l'intéressé. La mesure est proportionnée et individualisée en fonction du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé ».

Ce texte mentionne les principes qui ont guidé le législateur de 2007 : principes de nécessité de la mesure de protection, de subsidiarité, de proportionnalité et d'individualisation.

L'étude de la jurisprudence récente de la Cour de cassation concernant les régimes de protection des majeurs démontre que ces principes sous-tendent déjà la plupart des décisions rendues ; certainement parce qu'ils n'étaient pas étrangers à la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 et à l'interprétation qui en a été faite.

1. LE CONTRÔLE DES CONDITIONS D'OUVERTURE DES MESURES DE PROTECTION

L'article 490, ancien, du code civil prévoit que, lorsque les facultés mentales d'une personne sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge, il est pourvu aux intérêts de cette personne par l'un des régimes de protection.

Pour qu'une tutelle soit ouverte, il faut de plus que le majeur ait besoin d'être représenté d'une manière continue dans les actes de la vie civile (ancien article 492 du code civil) et pour qu'une curatelle soit ouverte qu'il ait besoin d'être conseillé ou contrôlé dans les actes de la vie civile (ancien article 508 du code civil). L'ancien article 512 prévoit que le juge pourra ordonner que le curateur percevra seul les revenus de la personne en curatelle, et assurera lui-même à l'égard des tiers le règlement des dépenses, c'est la curatelle dite renforcée. Enfin, un majeur peut être placé sous le régime de la sauvegarde de justice s'il a besoin d'être protégé dans les actes de la vie civile, ce régime, essentiellement provisoire, ne prive pas le majeur de sa capacité mais permet d'annuler pour trouble mental les actes faits par lui alors qu'il était sous sauvegarde, de les rescinder pour lésion ou de les réduire en cas d'excès. La sauvegarde de justice prononcée par le juge des tutelles n'étant pas susceptible de recours, aux termes de l'ancien article 1239 du code de procédure civile, la Cour de cassation n'a à connaître de ce régime de protection que lorsqu'un mandataire a été désigné.

1.1. Le rappel des deux conditions

Le placement sous tutelle ou curatelle nécessite la réunion de deux conditions : une altération des facultés mentales ou corporelles et le besoin d'être assisté ou représenté de manière

continue dans les actes de la vie civile. Malgré une jurisprudence constante de la Cour de cassation rappelant l'exigence du constat de ces deux conditions dans le jugement d'ouverture de la mesure⁴⁵, des décisions de placement sous tutelle ou curatelle sont régulièrement censurées pour avoir omis de constater, soit l'altération médicalement constatée des facultés mentales résultant d'une maladie, d'une infirmité ou de l'âge, soit le besoin d'être conseillé ou représenté (cf. 1^{re} Civ., 2 octobre 2001, *Bull.* 2001, I, n° 238 pourvoi n° 99-15.577).

Une hospitalisation, même pour trouble du comportement, ne suffit pas à démontrer une altération des facultés mentales (1^{re} Civ., 8 avril 2009, pourvoi n° 07-21.488). De même, le fait de relever que l'état de santé d'une personne n'est pas suffisamment consolidé ne peut valoir constat de l'existence d'une altération des facultés mentales (1^{re} Civ., 13 mars 2007, pourvoi n° 06-14.489).

Dans tous les cas, l'altération des facultés mentales ou corporelles doit être médicalement constatée par un médecin spécialiste choisi sur une liste établie par le procureur de la République (cf. anciens articles 490 et 493-1 du code civil et 1^{re} Civ., 3 janvier 2006, *Bull.* 2006, I, n° 4, pourvoi n° 02-19.537).

La loi de 1968 prévoit en outre que les décisions par lesquelles le juge des tutelles organise la protection des intérêts civils d'un majeur doivent être précédées de l'avis du médecin traitant. Il en résulte que le médecin traitant, qui donne son avis sur l'opportunité d'une mesure de protection, est déchargé de son obligation au secret (1^{re} Civ., 13 janvier 2004, *Bull.* 2004, I, n° 15, pourvoi n° 01-16.823). La question de savoir si un médecin peut être considéré comme le médecin traitant d'un majeur dont la protection est envisagée relève de l'appréciation souveraine des juges du fond ; il peut s'agir d'un médecin hospitalier dans le cas de fréquentes hospitalisations (1^{re} Civ., 22 octobre 2002, *Bull.* 2002, I, n° 237, pourvoi n° 01-00.383).

Le constat de l'existence d'une altération de facultés mentales ou corporelles et du besoin d'être conseillé ou représenté est également exigé pour maintenir une mesure de protection et refuser une demande de mainlevée. Le juge des tutelles doit constater la persistance de l'altération et du besoin de conseil ou de représentation (cf. 1^{re} Civ., 5 novembre 2008, *Bull.* 2008, I, n° 249, pourvoi n° 07-17.907 ; 1^{re} Civ., 13 mars 2007, pourvoi n° 06-14.489).

Un majeur peut également être protégé lorsqu'il a besoin d'être conseillé ou représenté dans les actes de la vie civile, non pas en raison d'une altération de ses facultés mentales mais en raison d'une altération de ses facultés corporelles. Mais cette altération des facultés corporelles ne peut entraîner le placement sous un régime de protection que si elle empêche l'expression de la volonté (cf. ancien article 490, alinéa 2, du code civil), si la communication avec l'entourage est impossible ou très difficile.

Un arrêt récent de la première chambre civile rappelle que le fait qu'un majeur souffre depuis plusieurs années d'une maladie invalidante, telle la sclérose en plaque, le privant de toute autonomie, n'est pas suffisant s'il n'est pas en outre constaté que cette altération

45. Cf. notamment 1^{re} Civ., 4 avril 1991, *Bull.* 1991, I, n° 116, pourvoi n° 89-15.902 ; 1^{re} Civ., 24 octobre 1995, *Bull.* 1995, I, n° 371, pourvoi n° 93-21.484.

des facultés corporelles empêche le majeur d'exprimer sa volonté (1^{re} Civ., 17 octobre 2007, pourvoi n° 06-14.155). De même, des difficultés de déplacement ou une altération de la vue ou de l'ouïe ne peuvent justifier le prononcé d'une mesure de protection que si elles empêchent l'expression de la volonté (cf. 1^{re} Civ., 3 janvier 2006, *Bull.* 2006, I, n° 4, pourvoi n° 02-19.537, précité).

La loi nouvelle reprend à l'identique cette exigence concernant l'altération des facultés corporelles qui doit empêcher l'expression de la volonté (cf. le nouvel article 425 du code civil).

1.2. La curatelle renforcée

Cette dernière mesure est la plus fréquemment prononcée par les juges des tutelles ces dernières années.

L'ancien article 512 dispose qu'en nommant le curateur le juge peut ordonner qu'il percevra seul les revenus de la personne en curatelle et assurera lui-même, à l'égard des tiers, le règlement des dépenses.

A priori, aucune condition particulière n'est exigée pour doter le curateur des pouvoirs prévus à cet article. En pratique cependant, la différence entre curatelle simple et curatelle aggravée est très importante. La personne placée sous curatelle simple n'est assistée de son curateur que pour les actes de disposition et elle garde dans tous les cas son pouvoir d'initiative, alors que la personne sous curatelle aggravée ne perçoit plus ses revenus et ne règle plus ses dépenses, le curateur étant doté dans ces domaines d'un pouvoir de représentation. C'est pourquoi, tout en reconnaissant aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation de l'utilité d'une curatelle aggravée, la première chambre civile de la Cour de cassation exige, de longue date, que ces derniers motivent leurs décisions et expliquent en quoi l'aggravation de la curatelle est indispensable. Les juges du fond doivent rechercher « si le majeur protégé est apte à percevoir ses revenus et à en faire une utilisation normale⁴⁶ ». Un arrêt du 24 octobre 1995 (1^{re} Civ., *Bull.* 1995, I, n° 371, pourvoi n° 93-21.484) a censuré une décision qui avait prononcé une curatelle aggravée au seul motif « qu'il était opportun de faire application de l'article 512 du code civil ».

Malgré cette cassation suivie de beaucoup d'autres⁴⁷, cette formule reste couramment employée et est souvent le seul motif figurant dans les décisions pour prononcer une curatelle aggravée⁴⁸. La Cour de cassation, qui est très fréquemment saisie de cette question par les personnes protégées, a maintenu sa position dans ses arrêts les plus récents et censure les décisions pour manque de base légale au regard de l'article 512 du code civil⁴⁹.

46. Cf. 1^{re} Civ., 1^{er} juillet 1986, *Bull.* 1986, I, n° 190, pourvoi n° 84-17.792; 1^{re} Civ., 6 avril 1994, *Bull.* 1994, I, n° 142, pourvoi n° 92-17.622.

47. 1^{re} Civ., 1^{er} juillet 2009, pourvoi n° 08-12.747; 1^{re} Civ., 28 mai 2008, pourvoi n° 07-11.354.

48. Pour un autre motif censuré : « le risque que Mme L. soit soumise à des influences extérieures néfastes », cf. 1^{re} Civ., 12 décembre 2006, pourvoi n° 05-21.907.

49. 1^{re} Civ., 1^{er} juillet 2009, pourvoi n° 08-12.747; 1^{re} Civ., 28 mai 2008, pourvoi n° 07-11.354; 1^{re} Civ., 15 mai 2008, pourvoi n° 06-20.915; 1^{re} Civ., 12 décembre 2006, pourvoi n° 05-21.907.

Il n'y a pas cependant de formule sacramentelle et la Cour de cassation valide des motifs qui « font ressortir » que le majeur protégé est inapte à percevoir ses revenus et à en faire une utilisation normale (1^{re} Civ., 25 mars 2009, pourvoi n° 08-10.804; 1^{re} Civ., 28 novembre 2007, pourvoi n° 06-17.599). Il en est notamment ainsi lorsque le juge des tutelles et le tribunal de grande instance constatent que le majeur a des dettes importantes malgré des revenus confortables (1^{re} Civ., 27 mars 2007, pourvoi n° 05-12.633).

1.3. La curatelle pour prodigalité

Si la loi du 5 mars 2007 a supprimé la possibilité de placer une personne sous un régime de protection en raison de sa prodigalité, il n'était pas exceptionnel que ce fondement soit retenu par les juges des tutelles pour prononcer une curatelle. Aucun certificat médical n'était en ce cas exigé puisque la protection n'était pas fondée sur l'existence d'une altération des facultés mentales ou physiques. C'était le risque de « tomber dans le besoin » ou de compromettre l'exécution de ses obligations familiales qui justifiait l'intervention du juge des tutelles pour le prodigue, l'intempérant ou l'oisif (cf. ancien article 488).

Notre Cour a approuvé récemment un tribunal de grande instance d'avoir placé une personne sous curatelle après avoir constaté que celle-ci, née en 1924, s'apprêtait à consentir un prêt de 680 000 euros représentant la quasi-totalité de ses avoirs (1^{re} Civ., 11 mars 2009, pourvoi n° 07-21.580). Dans un arrêt du 24 septembre 2002 (1^{re} Civ., *Bull.* 2002, I, n° 217, pourvoi n° 00-17.425), ce sont les engagements disproportionnés pris sur ses biens personnels et ses dépenses exorbitantes et répétées qui avaient justifié la mise sous curatelle d'un majeur pour prodigalité.

Parfois, la prodigalité s'accompagne d'une altération des facultés mentales (et notamment de troubles du jugement et des fonctions cognitives) et les deux fondements sont alors retenus par les juges du fond (1^{re} Civ., 27 mars 2007, pourvoi n° 05-12.633). Il a été jugé que la requête en ouverture de curatelle pour prodigalité et celle présentée sur le fondement d'une altération des facultés mentales tendaient aux mêmes fins (1^{re} Civ., 25 janvier 2000, *Bull.* 2000, I, n° 18, pourvoi n° 98-12.366).

La circulaire d'application de la réforme des tutelles⁵⁰ précise à propos de la suppression de la curatelle pour prodigalité que : « Lors de l'examen par le Parlement du projet de loi de réforme, les rapporteurs des commissions des lois ont souligné que la curatelle “pour prodigalité, intempérance et oisiveté” présentait le risque d'entraîner les personnes qui rencontrent des difficultés économiques, sociales ou financières vers un régime de protection juridique emportant une privation de leurs droits disproportionnée et constituant un frein à leur autonomie ».

50. N° NOR : JUSC0901677C, du 9 février 2009.

1.4. La loi applicable aux majeurs étrangers

Bien que le législateur de 1968 n'ait prévu aucune règle de conflit de loi, il est admis que la loi applicable à l'état et à la capacité des personnes étant la loi nationale, la protection du majeur incapable relève aussi de sa loi nationale.

Il a ainsi été jugé récemment qu'un tribunal ne pouvait mettre en place un régime de tutelle de droit français pour une personne de nationalité étrangère sans rechercher, avec l'assistance des parties, la teneur de la loi étrangère. S'agissant de droits indisponibles, le juge doit mettre en œuvre d'office la règle de conflit de lois (1^{re} Civ., 18 janvier 2007, *Bull.* 2007, I, n° 26, pourvoi n° 05-20.529).

L'appréciation des juges du fond quant au sens à donner aux dispositions d'un droit étranger ne peut être contestée devant la Cour de cassation, en dehors de l'hypothèse d'une dénaturation (cf. 1^{re} Civ., 14 février 2006, *Bull.* 2006, I, n° 67, pourvoi n° 03-11.604, pour une dénaturation des textes du code civil monégasque relatifs à la protection des majeurs).

Si la loi nationale du majeur est applicable à l'organisation des systèmes de protection, est-ce que la désignation du droit étranger porte seulement sur le droit substantiel ou sur l'ensemble de ce droit, y compris les règles de conflit ?

C'est cette question du renvoi qui a été tranchée par la Cour de cassation dans le cas d'une personne de nationalité canadienne (originaire de la province de Nouvelle-Écosse) résidant en France de longue date. L'arrêt de la première chambre du 21 septembre 2005 (*Bull.* 2005, I, n° 336, pourvoi n° 04-10.217) approuve la cour d'appel d'avoir appliqué la loi française après avoir constaté que cette loi était celle désignée par la règle de conflit, le droit canadien renvoyant à la loi du domicile ou de la résidence avec une évolution vers le concept « du lien le plus étroit ».

Il est à noter que la France vient de ratifier, le 17 septembre 2008, la Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes du 13 janvier 2000. Cette Convention, applicable depuis le 1^{er} janvier 2009, prévoit que le juge territorialement compétent est celui de la résidence habituelle du majeur et que ce juge applique en principe son droit interne, sauf si l'intérêt du majeur nécessite l'application d'une autre loi avec laquelle la situation a des liens étroits.

2. LE CHOIX DES TUTEURS ET CURATEURS

Le nombre restreint d'arrêts récents relatifs au fonctionnement de la tutelle complète, avec conseil de famille, est à la mesure de la rareté de cette forme de tutelle⁵¹.

51. Pour quelques exemples : 1^{re} Civ., 26 septembre 2007, pourvoi n° 05-12.371 et 1^{re} Civ., 14 janvier 2003, pourvoi n° 00-15.573.

Si, en dehors du conjoint, le choix du curateur est libre pour le juge des tutelles (cf. ancien article 509-1 du code civil), le choix en matière de tutelle entre les différents représentants possibles est plus complexe et dépend du mode d'organisation de la mesure (parents ou alliés en qualité d'administrateur légal sous contrôle judiciaire, gérant de tutelle, tuteur d'État, préposé d'établissement de soins). Ce choix donne parfois lieu à des erreurs⁵².

Les décisions portant sur la désignation du tuteur et du curateur sont nombreuses, c'est en effet un choix important pour le majeur et son entourage qui révèle souvent des conflits familiaux anciens concernant notamment la prise en charge de la personne vulnérable.

La Cour de cassation tente d'imposer le principe d'une préférence familiale dans le choix du protecteur du majeur mais l'intérêt de ce dernier reste le critère décisif et peut conduire à écarter les membres de la famille (cf. 1^{re} Civ., 22 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.277 qui fait état du souhait exprimé par le majeur lui-même et 1^{re} Civ., 6 mars 2007, pourvoi n° 06-13.982, qui écarte le mari des fonctions de curateur dans l'intérêt de la majeure protégée).

Lorsque la famille du majeur protégé est inexistante ou inapte à exercer la mesure de protection, le juge des tutelles peut choisir la tutelle en gérance (cf. ancien article 499 du code civil) mais ce mode d'organisation n'est possible que si les biens à gérer sont peu importants (1^{re} Civ., 9 décembre 2009, pourvoi n° 08-14.023 et 1^{re} Civ., 9 décembre 2009, pourvoi n° 07-13.981). Si le majeur a une fortune importante, ou possède des biens dont la gestion est complexe, la tutelle doit être déclarée vacante et déferée à l'État.

Selon l'ancien article 433 du code civil, « si la tutelle reste vacante, le juge des tutelles la défère à l'État ». Un nombre important d'arrêts concernant ces dernières années la constatation de la vacance des tutelles et des curatelles.

La Cour de cassation exerce un contrôle sur la notion de vacance afin de s'assurer que la priorité est donnée à la tutelle familiale (1^{re} Civ., 28 mars 2006, pourvoi n° 04-13.905). La tutelle n'est vacante que si personne n'est en mesure d'en assumer la charge et les juges du fond doivent faire ce constat avant de déferer la tutelle (ou la curatelle) à l'État. Tel n'est pas le cas du jugement qui se borne à énoncer que la curatelle est vacante car l'ami du majeur protégé qui se proposait pour exercer les fonctions de curateur n'était pas un membre de la famille et avait précédemment refusé d'assumer la charge de mandataire spécial (1^{re} Civ., 12 décembre 2006, pourvoi n° 05-14.634).

En principe, la décision déclarant la tutelle vacante ne peut faire l'objet d'un recours que par ceux dont elle modifie les droits et les charges (cf. ancien article 1214 du code de procédure civile) : le préfet représentant l'État ou la personne désignée comme déléguée à la tutelle d'État.

52. (Cf. 1^{re} Civ., 19 novembre 2008, pourvoi n° 06-21.195 : nomination d'un allié comme « gérant de tutelle » et 1^{re} Civ., 9 décembre 2009, pourvoi n° 08-13.076 pour une nomination de l'Udaf comme administrateur légal.) La nouvelle loi simplifie les choses en ne distinguant désormais que deux catégories de personnes susceptibles d'intervenir, les membres de la famille ou les proches visés à l'article 449 du code civil et le mandataire judiciaire à la protection des majeurs qui regroupe toutes les anciennes catégories de mandataires professionnels.

La première chambre civile a cependant ouvert le recours aux membres de la famille, car ces derniers ont un « droit virtuel⁵³ » à exercer une tutelle familiale et doivent pouvoir contester la déclaration de vacance dès lors qu'ils se proposent d'assumer la charge de la tutelle ou de la curatelle (1^{re} Civ., 8 mars 2005, *Bull.* 2005, I, n° 120, pourvoi n° 01-17.738 et 1^{re} Civ., 23 janvier 2008, *Bull.* 2008, I, n° 25, pourvoi n° 05-20.068).

3. LA RESPONSABILITÉ DES ORGANES DE LA TUTELLE

L'ancien article 473 du code civil dispose que : « L'approbation du compte ne préjudicie point aux actions en responsabilité qui peuvent appartenir au pupille contre le tuteur et les autres organes de la tutelle. L'État est seul responsable à l'égard du pupille, sauf son recours s'il y a lieu, du dommage résultant d'une faute quelconque qui aurait été commise dans le fonctionnement de la tutelle, soit par le juge des tutelles ou son greffier, soit par le greffier en chef du tribunal d'instance, soit par l'administrateur public chargé d'une tutelle vacante en vertu de l'article 433. L'action en responsabilité exercée par le pupille contre l'État est portée, dans tous les cas, devant le tribunal de grande instance ».

L'État étant seul responsable à l'égard du pupille du dommage résultant d'une faute quelconque commise par l'administrateur public chargé d'une tutelle ou curatelle vacante, l'action en responsabilité pour faute doit être dirigée contre l'État et non contre l'association ayant exercé les fonctions de curateur d'État (1^{re} Civ., 17 février 2004, *Bull.* 2004, I, n° 51, pourvoi n° 02-10.109).

La Cour de cassation a eu l'occasion récemment de préciser qu'il ne fallait pas entendre la notion de « faute commise dans le fonctionnement de la tutelle » de façon restrictive et que le choix initial par le juge des tutelles d'une forme d'exercice de la tutelle pouvait faire l'objet d'une action en responsabilité. Le cas soumis était celui d'un juge des tutelles ayant nommé par erreur une amie de la majeure protégée en qualité d'administrateur légal sous contrôle judiciaire (alors que seul un parent ou allié pouvait occuper cette fonction selon l'ancien article 497 du code civil), la cour d'appel avait estimé que le choix de la mesure de protection ne relevait pas de l'article 473 du code civil. La première chambre civile a censuré la décision au motif que « la faute dans le fonctionnement de la tutelle doit être également appréciée au regard de l'adéquation des contrôles exercés en fonction de la mesure choisie pour la protection de l'incapable » (1^{re} Civ., 4 juillet 2006, *Bull.* 2006, I, n° 348, pourvoi n° 04-20.269). On pouvait estimer en effet, comme le soutenait le moyen, que, compte tenu de l'importance du patrimoine et de la présence de quatre enfants, une tutelle complète aurait dû être ouverte afin que le conseil de famille et le subrogé tuteur contrôlent la gestion des biens par le tuteur.

53. Expression employée par Jean Hauser dans son commentaire de l'arrêt du 8 mars 2005, *in RTD civ.* 2005, p. 364.

Le nouvel article 422 du code civil précise d'ailleurs désormais que la responsabilité du juge des tutelles est encourue pour une faute dans l'organisation et le fonctionnement de la mesure de protection.

4. LES RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS DES JUGES DES TUTELLES

Toutes les décisions juridictionnelles du juge des tutelles sont en principe susceptibles de recours. Encore faut-il que la décision prise soit matérialisée par un écrit et ait la forme d'un jugement. Un arrêt récent vient de rappeler que le juge des tutelles ne peut autoriser un tuteur à effectuer un acte de disposition que par une décision motivée soumise à recours. Une simple lettre par laquelle le juge des tutelles donne un accord de principe ne suffit pas (1^{re} Civ., 22 octobre 2008, *Bull.* 2008, I, n° 239, pourvoi n° 07-19.964).

4.1. Le recours devant le tribunal de grande instance

En matière de tutelle, il n'y a pas d'appel du jugement du juge des tutelles mais un recours devant le tribunal de grande instance⁵⁴ qui présente les mêmes caractéristiques que l'appel et a notamment un effet suspensif et dévolutif⁵⁵.

Comme la capacité est la règle et l'incapacité l'exception, le recours contre la décision qui ouvre la mesure de tutelle et de curatelle est facilité par la loi de 1968. Cette loi distingue deux types de recours, le recours dit spécial, contre le jugement qui ouvre la tutelle ou la curatelle ou refuse d'en donner mainlevée, et le recours ordinaire contre toutes les autres décisions du juge des tutelles relatives à l'organisation de la mesure de protection, qui obéit aux règles prévues en matière de tutelle des mineurs (anciens articles 1214 et 1215 du code de procédure civile).

Le recours contre la décision qui ouvre la mesure de protection n'est pas réservé aux parties à l'instance et peut émaner de nombreuses personnes qui, dans l'entourage du majeur, ont eu connaissance du jugement (conjoint, parents, alliés, amis, médecin traitant selon l'ancien article 493 du code civil).

Ce recours, en forme simplifiée, dit recours spécial, ne peut tendre qu'à faire supprimer ou atténuer l'incapacité et non à l'aggraver (pour un rappel récent de cette règle : 1^{re} Civ., 6 mars 2007, pourvoi n° 05-14.693).

54. Cf. ancien article 1215 du code de procédure civile. Le décret du 5 décembre 2008 avait maintenu le recours devant le tribunal de grande instance mais la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 prévoit un appel devant la cour d'appel à compter du 1^{er} janvier 2010.

55. 1^{re} Civ., 15 mars 1988, *Bull.* 1988, I, n° 77, pourvoi n° 86-15.768.

L'ancien article 1256 du code de procédure civile prévoit que le recours contre la décision qui ouvre la tutelle ou la curatelle (ou refuse d'en donner mainlevée) peut être formé par lettre sommairement motivée remise ou adressée au greffe du tribunal d'instance sous pli recommandé avec demande d'avis de réception. Un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 13 juillet 2006 (2^e Civ., *Bull.* 2006, II, n° 211, pourvoi n° 05-14.052) a cependant jugé que le recours formé par lettre simple par un majeur protégé n'était pas irrecevable dès lors qu'il n'était pas contesté que cette lettre avait été reçue avant l'expiration du délai de recours; la forme recommandée n'étant destinée qu'à régler les contestations sur la date du recours. Cette position, favorable à la recevabilité du recours, a été récemment confirmée par la première chambre civile (1^{re} Civ., 2 avril 2008, *Bull.* 2008, I, n° 99, pourvoi n° 07-11.657).

Pour exercer utilement son recours, le majeur protégé doit avoir connaissance des pièces versées aux débats et la procédure doit être contradictoire⁵⁶.

Par un arrêt du 13 juillet 2004⁵⁷, au visa notamment des articles 16 du code de procédure civile et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour de cassation a affirmé que le majeur protégé, auteur d'un recours, doit, d'une part, être avisé de la date d'audience suffisamment tôt pour lui permettre d'assister aux débats et de se défendre personnellement, d'autre part, être informé de la possibilité de consulter le dossier de tutelle au greffe du tribunal de grande instance, jusqu'à la veille de l'audience. Cette dernière obligation d'information, prescrite à l'article 1250, alinéa 2, du code de procédure civile pour l'instance devant le juge des tutelles, a ainsi été appliquée aux recours formés devant le tribunal de grande instance. En pratique cette information relative à la consultation du dossier devrait figurer dans la lettre de convocation à l'audience.

Dans deux arrêts du 28 novembre 2006 (1^{re} Civ., *Bull.* 2006, I, n° 526, pourvoi n° 04-18.266 et *Bull.* 2006, I, n° 527, pourvoi n° 05-13.004), notre Cour a cassé, au visa des articles 16 et 1250 du code de procédure civile et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, deux décisions rendues par des tribunaux de grande instance dès lors qu'il était avéré que le majeur protégé n'avait pas eu la possibilité de consulter son dossier. Dans la première espèce, la première chambre a relevé que « le jugement de curatelle avait été rendu au vu d'une expertise médicale et que Mme X... avait été privée de la possibilité de connaître et de discuter les conclusions de l'expert, de sorte que la procédure était dépourvue de caractère contradictoire ». Dans la seconde, le majeur n'avait été avisé de la possibilité de consulter son dossier que la veille de l'audience, malgré ses demandes répétées, ce qui ne lui avait pas laissé le temps matériel de rassembler les éléments qu'il aurait souhaité.

Ces décisions viennent d'être confirmées par un arrêt récent (1^{re} Civ., 11 mars 2009, *Bull.* 2009, I, n° 56, pourvoi n° 08-10.118). Si, sur recours, le tribunal de grande instance

56. Curieusement, cette idée est assez nouvelle, on considérait en effet traditionnellement que le juge des tutelles – comme d'ailleurs le juge des enfants – légalement désigné pour assurer la protection des « incapables » ne pouvait porter atteinte aux droits fondamentaux de ceux-ci.

57. 1^{re} Civ., 13 juillet 2004, *Bull.* 2004, I, n° 205, pourvoi n° 01-14.506.

ordonne avant dire droit une expertise médicale, le majeur sous curatelle doit être avisé de la possibilité de consulter le dossier et de la possibilité de discuter les conclusions de l'expert et le jugement ou le dossier doivent porter trace de l'avis donné.

Le décret n° 2008-1276 du 5 décembre 2008 relatif à la protection juridique des mineurs et des majeurs et modifiant le code de procédure civile, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009 et applicable aux procédures en cours (cf. article 5), crée un paragraphe consacré à la consultation du dossier et la délivrance de copies (cf. nouveaux articles 1222 à 1224 du code de procédure civile).

L'article 1222-1 prévoit que, « à tout moment de la procédure, le dossier peut être consulté au greffe de la juridiction qui le détient, sur demande écrite et sans autre restriction que les nécessités du service, par le majeur à protéger ou protégé, le cas échéant, par son avocat ainsi que par les personnes chargées de la protection. Lorsque la demande de consultation du dossier émane du majeur, le juge peut, par ordonnance motivée, notifiée à l'intéressé, exclure tout ou partie des pièces de la consultation si celle-ci est susceptible de lui causer un préjudice psychique grave ». Cette dernière disposition n'est pas sans rappeler les dispositions de l'article 1187 du code de procédure civile, relatif à la procédure en matière d'assistance éducative.

Les nouvelles dispositions n'obligent pas le juge ou le greffe du tribunal d'instance ou de grande instance à informer le majeur protégé – qui, comme auparavant, n'est pas tenu de constituer avocat même devant le tribunal de grande instance (cf. nouvel article 1242 du code de procédure civile) – de la possibilité de consulter le dossier avant l'audience. La question se posera de savoir si la jurisprudence, qui exigeait qu'un tel avis soit donné au majeur et à son conseil au moment de la convocation à l'audience, sera maintenue.

Pour privilégier la capacité, le recours contre la décision qui dit n'y avoir lieu à mesure de protection ne va pas être facilité.

L'ancien article 1255 du code de procédure civile prévoit que le recours contre la décision qui refuse d'ordonner une mesure de protection n'est ouvert qu'au requérant. Cette irrecevabilité est d'ordre public et doit être soulevée d'office.

Ainsi, si le juge des tutelles s'est saisi d'office, hypothèse très fréquente, il n'y a pas de recours au sens de l'article 1255 et, en conséquence, il n'y a pas de recours possible. Les enfants du majeur, notamment, ne peuvent exercer un recours contre la décision de refus de mesure dès lors que le juge s'est saisi d'office, même s'ils avaient signalé la situation au juge ou au parquet, s'ils avaient été consultés durant l'instruction du dossier et même si la décision leur avait été notifiée (1^{re} Civ., 8 février 2005, *Bull.* 2005, I, n° 72, pourvoi n° 02-10.739). De même, si le requérant est le ministère public, les enfants du majeur ne peuvent former un recours contre la décision qui refuse d'ouvrir la tutelle ou la curatelle (1^{re} Civ., 19 mars 2002, pourvoi n° 00-17.218).

On peut penser que cette jurisprudence sera maintenue sous l'empire des nouveaux textes, puisque le nouvel article 1239-1 du code de procédure civile reprend les termes de l'ancien article 1255. Toutefois, la saisine d'office par le juge n'étant plus possible pour l'ouverture de la mesure de protection, les membres de l'entourage du majeur seront plus souvent

conduits à présenter requête au juge et pourront alors logiquement former un recours contre la décision qui rejette leur demande.

À côté du recours spécial portant sur l'ouverture de la mesure de protection, les autres décisions du juge des tutelles n'étaient susceptibles de recours que par les personnes visées à l'ancien article 1214 du code civil : le requérant, le tuteur, l'administrateur légal et tous ceux dont la décision modifiait les droits ou les charges.

La première chambre civile avait précisé que les droits et les charges au sens de l'article 1214 du code de procédure civile devaient s'entendre exclusivement de ceux qui résultent de l'organisation de la tutelle (1^{re} Civ., 24 février 1993, *Bull.* 1993, n° 84, pourvoi n° 91-14.818).

Ainsi, à défaut d'exercer un rôle dans la tutelle ou la curatelle, la seule qualité de successible ou de fils ou d'épouse du majeur protégé ne permet pas de former un recours contre une ordonnance du juge des tutelles relative à la gestion des biens de l'incapable (1^{re} Civ., 17 octobre 2000, pourvoi n° 98-22.613 et 29 mai 2001, pourvoi n° 99-17.478).

Cette conception restrictive des droits et charges au sens tutélaire a été critiquée par une partie de la doctrine, car elle revient à exclure le recours des membres de la famille qui n'exercent aucun rôle dans la mesure de protection, pour les décisions concernant l'organisation générale de la mesure ou la personne du majeur.

La jurisprudence a évolué en matière de vacance de la tutelle ou de la curatelle ainsi qu'exposé plus haut (admission du recours des parents ou alliés) mais, en ce qui concerne les autres décisions du juge des tutelles, le recours reste fermé à la famille proche (1^{re} Civ., 6 mars 2007, pourvoi n° 05-14.693 : recours des fils contre la nomination de l'épouse de leur père comme curatrice ; 1^{re} Civ., 3 décembre 2008, pourvois n° 06-20.810 et 07-12.902 : recours du fils contre la décision de mainlevée de la tutelle de sa mère ; cf. cependant, pour l'admission du recours d'un petit-fils, 1^{re} Civ., 19 novembre 2008, pourvoi n° 06-21.195).

Le décret du 5 décembre 2008 simplifie les recours contre les décisions des juges des tutelles et ouvre le recours à toutes les personnes énumérées à l'article 430 du code civil soit le majeur protégé, son conjoint, son partenaire, son concubin, ses parents et alliés, la personne qui entretient avec le majeur des liens étroits et stables et la personne qui exerce à son égard une mesure de protection juridique (cf. nouveaux articles 1239 à 1247 du code de procédure civile).

4.2. Le pourvoi en cassation

Les décisions du tribunal de grande instance, statuant sur recours du juge des tutelles, sont susceptibles de pourvoi en cassation. Le pourvoi n'est pas suspensif d'exécution.

La question s'est posée de savoir si le majeur placé sous le régime de la tutelle par le juge des tutelles, puis sur recours par le tribunal de grande instance, pouvait former seul un pourvoi en cassation contre la décision d'ouverture de la tutelle, alors que le majeur en tutelle ne peut pas ester en justice et que le pourvoi n'est pas suspensif.

Un arrêt du 11 juillet 2006 de la première chambre civile (1^{re} Civ., *Bull.* 2006, I, n° 370, pourvois n° 05-10.945 et 04-18.064) a estimé que « l'incapacité d'ester en justice qui résulte d'un jugement de mise sous tutelle ne peut avoir pour effet de priver la personne protégée du droit de former seule un pourvoi en cassation contre la décision qui a ouvert sa tutelle ».

Pour cette décision très particulière de l'ouverture de la mesure de protection, l'incapacité d'ester en justice est en quelque sorte repoussée jusqu'au jour où le placement sous tutelle devient irrévocable. Ainsi, le majeur peut, même contre l'avis de son tuteur, saisir la Cour de cassation pour contester la mesure prise, attentatoire à la liberté individuelle.

4.3. La tierce opposition

La tierce opposition à l'encontre des décisions du juge des tutelles est admise depuis un arrêt de principe du 3 décembre 2002 (1^{re} Civ., *Bull.* 2002, I, n° 293, pourvoi n° 00-21.524). Ce recours est, dans certains cas, recevable même après le décès du majeur protégé (cf. 1^{re} Civ., 3 octobre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 430, pourvoi n° 04-14.591).

Cette voie de recours n'est pas sans poser de difficulté en ce qui concerne notamment l'intérêt et de la capacité à agir du tiers opposant comme le démontrent plusieurs décisions récentes rendues sur cette question par la première chambre civile (1^{re} Civ., 12 décembre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 549, pourvoi n° 05-19.219 et 1^{re} Civ., 8 juillet 2009, *Bull.* 2009, I, n° 161, pourvoi n° 07-18.522). Elle fait peser sur les décisions des juges des tutelles une incertitude préjudiciable puisqu'elle permet de remettre en cause certaines décisions pendant trente ans.

La loi nouvelle supprime ce recours contre les autorisations du conseil de famille ou du juge, sauf en cas de fraude aux droits des créanciers de la personne protégée⁵⁸.

5. LE RÉGIME DES DIFFÉRENTS ACTES JURIDIQUES ACCOMPLIS PAR UN MAJEUR PROTÉGÉ

La tutelle est un régime de représentation. Le majeur sous tutelle ne peut agir ; il est frappé d'une incapacité absolue. Tous les actes passés postérieurement au jugement d'ouverture de la tutelle par la personne protégée sont nuls de droit (cf. ancien article 502). Le majeur ne peut plus conclure aucun contrat (cf. 1^{re} Civ., 27 mai 2003, *Bull.* 2003, n° 127, pourvoi n° 00-18.136 pour la nullité d'une convention entre un majeur sous tutelle et un avocat pour l'engagement d'une procédure).

58. Le nouvel article 499, alinéa 3, dans sa rédaction issue de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, dispose que : « La tierce opposition contre les autorisations du conseil de famille ou du juge ne peut être exercée que par les créanciers de la personne protégée et en cas de fraude à leurs droits. »

M. Massip, dans son ouvrage sur *Les Incapacités*⁵⁹, souligne la gravité de la mesure de tutelle; le majeur va se trouver totalement déchargé de la gestion de ses biens au profit de son représentant légal. La tutelle ne devrait donc être appliquée que dans les formes les plus profondes de l'altération des facultés d'un individu (malades mentaux gravement atteints, personnes âgées hors d'état d'agir).

Le tuteur peut accomplir seul tous les actes d'administration et doit être autorisé par le conseil de famille (ou le juge des tutelles) pour faire, au nom de son protégé, tous les actes de disposition (cf. anciens articles 456 et 457 du code civil).

Aux termes de l'ancien article 510, alinéa 1, du code civil, le majeur en curatelle ne peut, sans l'assistance de son curateur, faire aucun acte qui, sous le régime de la tutelle des majeurs, requerrait une autorisation du conseil de famille. Si le curateur refuse son assistance, le majeur en curatelle peut solliciter une autorisation supplétive du juge des tutelles mais celui-ci hésitera certainement à donner l'autorisation au majeur d'accomplir seul un acte auquel le curateur s'oppose.

La loi de 1968 a prévu des dispositions particulières pour certains actes (donation, testament, mariage, divorce). La jurisprudence a cependant dû préciser le régime de nombreux autres actes en tentant de trouver un juste équilibre entre protection et liberté d'agir.

5.1. Les actes de la vie courante

Dans la tutelle, régime de représentation, tous les actes passés par le majeur postérieurement au jugement d'ouverture de la mesure sont nuls de droit (ancien article 502 du code civil), toutefois il est admis que, comme le mineur, le majeur en tutelle peut valablement conclure des actes de la vie courante autorisés par l'usage. Cette exception au principe d'incapacité permet au majeur protégé de conserver une certaine autonomie (achat de denrées alimentaires, par exemple) mais ne doit cependant pas nuire à sa protection et aggraver son état de vulnérabilité. Les juges du fond, qui sont souverains pour apprécier les limites autorisées, doivent s'interroger sur le point de savoir si l'acte dont ils sont saisis constitue vraiment un acte de la vie courante. Il est permis d'en douter lorsque l'acte en question consiste par exemple en la souscription d'un contrat de financement (cf. 1^{re} Civ., 19 octobre 2004, *Bull.* 2004, I, n° 227, pourvoi n° 02-15.035).

5.2. Le contrat de travail

La première chambre civile s'est prononcée sur le cas d'un contrat de travail conclu, en qualité d'employeur, par un majeur placé sous le régime de la curatelle renforcée, seul, sans l'assistance de son curateur. L'arrêt, du 3 octobre 2006 (*Bull.* 2006, I, n° 427, pourvoi n° 04-13.198), précise que, s'agissant d'un acte engageant le patrimoine, la conclusion d'un contrat de travail nécessitait l'assistance du curateur et ne pouvait se faire par le majeur seul. En cas de refus du curateur de prêter son assistance à l'acte, une autorisation supplétive devrait être sollicitée du juge des tutelles.

59. Defrénois, 2003, n° 536, p. 429.

Il est à noter que le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 pris en application de la loi de 2007 et relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou tutelle classe, *a priori*, parmi les actes d'administration et non de disposition la conclusion et la rupture d'un contrat de travail en qualité d'employeur (sauf à considérer que l'acte répond aux critères de l'acte de disposition en raison de ses conséquences importantes sur le contenu ou la valeur du patrimoine de la personne protégée, sur les prérogatives de celle-ci ou sur son mode de vie).

5.3. L'homologation d'un contrat de changement de régime matrimonial

La Cour de cassation a eu à se prononcer sur le point de savoir si l'homologation d'une convention de changement de régime matrimonial nécessitait l'assistance du curateur de l'un des époux alors que, lorsque le contrat avait été passé devant le notaire, deux ans auparavant, les deux époux jouissaient de leur pleine capacité.

L'arrêt du 6 janvier 2004 (1^{re} Civ., *Bull.* 2004, I, n° 3, pourvoi n° 01-11.214), après avoir constaté que le majeur sous curatelle ne pouvait passer de convention matrimoniale sans l'assistance de son curateur (cf. article 1399 du code civil) et qu'une convention portant modification du régime matrimonial ne pouvait être homologuée que si le consentement des époux persistait au jour où le juge statue, a décidé que le changement de régime matrimonial ne pouvait être homologué si le curateur de l'un des époux refusait son assistance.

La doctrine a souligné que la solution n'était pas évidente, car le majeur sous curatelle peut normalement agir seul pour les actions relatives à ses droits patrimoniaux⁶⁰. L'importance sur le plan patrimonial d'un changement de régime matrimonial justifie cependant que le consentement de l'époux le plus vulnérable soit réel et éclairé au moment de l'homologation.

5.4. Le changement de bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie

Les contrats d'assurance vie souscrits ou modifiés par des majeurs protégés ou par une personne dont on allègue l'insanité d'esprit ont donné lieu à trois arrêts de la première chambre civile en juillet 2009⁶¹. Les trois décisions ont trait au changement de bénéficiaire du contrat par la personne dont les facultés sont altérées. Ce changement est-il la traduction d'une volonté réelle et éclairée du souscripteur du contrat, ou doit-on y voir l'influence de personnes de l'entourage du majeur qui profitent de son état de vulnérabilité et de dépendance ?

Le premier arrêt, du 1^{er} juillet 2009 (*Bull.* 2009, I, n° 151, pourvoi n° 08-13.402), concerne un changement de bénéficiaire opéré, quelques semaines avant son décès, par une

60. Cf. notamment Jean Hauser, *in RTD civ.* 2004, p. 265.

61. Cf. le commentaire des deux arrêts du 8 juillet 2009 par Nathalie Auroy, conseiller référendaire à la première chambre civile de la Cour de cassation, *in D.* 2009, chron., p. 2062.

personne de 92 ans qui n'avait jamais été placée sous un régime de protection de son vivant. La première chambre civile rappelle⁶² que, dans cette hypothèse, l'avenant au contrat d'assurance vie ne pouvait être attaqué après le décès du souscripteur sur le fondement de l'article 489-1 du code civil pour insanité d'esprit que si cet acte portait en lui-même la preuve d'un trouble mental. Le caractère restrictif de l'exigence d'une preuve intrinsèque de l'insanité d'esprit pour obtenir la nullité des actes autres que les donations⁶³ et testaments a été souligné par la doctrine⁶⁴.

Il est à noter que le contentieux de l'annulation d'actes pour insanité d'esprit sur le fondement des anciens articles 489 et 489-1 du code civil est particulièrement important. Ces actions en nullité se prescrivent par cinq ans mais le délai peut être suspendu en cas de preuve d'une impossibilité d'agir résultant notamment de l'existence de troubles mentaux (1^{re} Civ., 1^{er} juillet 2009, *Bull.* 2009, I, n° 150, pourvoi n° 08-13.518).

Le deuxième arrêt, du 8 juillet 2009 (*Bull.* 2009, I, n° 161, pourvoi n° 07-18.522), concerne un changement de bénéficiaire effectué en 2004, avec l'autorisation du juge des tutelles, par le curateur d'une personne placée sous le régime de la curatelle renforcée, et depuis décédée. La première chambre civile rappelle dans cette décision que la curatelle même dite renforcée n'est qu'une mesure d'assistance du majeur protégé. Le curateur n'a pas vocation à représenter et à agir au lieu et place du majeur (sauf pour la perception de ses revenus et le règlement de ses dépenses). S'agissant du changement de bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie, acte de disposition, le majeur sous curatelle ne peut être tenu à l'écart de cette décision importante ; son curateur, même autorisé par le juge des tutelles, ne peut se substituer à lui⁶⁵. Le moyen soutenait que le curateur, investi des pouvoirs de l'ancien article 512 du code civil, devait pouvoir, comme le gérant de tutelle, être autorisé à faire des actes nécessaires à la sauvegarde des droits du majeur protégé notamment en cas de vulnérabilité particulière ou de manœuvres exercées à son encontre⁶⁶.

62. Cf. antérieurement, par exemple : 3^e Civ., 20 octobre 2004, *Bull.* 2004, III, n° 177, pourvoi n° 03-10.989.

63. La chambre mixte de la Cour de cassation a, dans un arrêt récent, décidé « qu'un contrat d'assurance vie peut être requalifié en donation si les circonstances dans lesquelles son bénéficiaire a été désigné révèlent la volonté du souscripteur de se dépouiller de manière irrévocable », Ch. mixte, 21 décembre 2007, *Bull.* 2007, Ch. mixte, n° 13, pourvoi n° 06-12.769.

64. Cf. Massip, *Les Incapacités*, Defrénois, 2003, n° 424, p 336. M. Plazy estime cependant que « cette disposition d'apparence sévère, doit conduire les héritiers à provoquer une mesure de protection et permet d'éviter une multiplicité des contestations » *in D.* 2006, p. 1570.

65. C'est la solution qui est retenue par les articles L. 132-4-1 et L. 132-9 du code des assurances dans leur version issue de la loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007, modifiés par l'ordonnance n° 2009-106 du 30 janvier 2009 (qui n'étaient pas applicables en l'espèce). Le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou tutelle classe parmi les actes de disposition la souscription ou le rachat d'un contrat d'assurance vie, ainsi que la désignation ou substitution du bénéficiaire.

66. Il semble que dans cette espèce, la tutelle aurait dû être ouverte, mais le juge des tutelles avait voulu permettre à la personne protégée de continuer à voter, ce qui excluait la tutelle. Désormais, le droit de vote peut être maintenu même sous le régime de la tutelle (cf. le nouvel article L. 5 du code électoral dans sa rédaction issue de la loi du 5 mars 2007).

Dans un arrêt du 15 mars 2007 (2^e Civ., *Bull.* 2007, II, n° 68, pourvoi n° 05-21.830), la deuxième chambre civile avait en effet décidé qu'un gérant de tutelle pouvait être autorisé par le juge des tutelles à modifier les bénéficiaires d'un contrat d'assurance vie souscrit par un majeur placé sous tutelle alors que l'on considérerait auparavant que le choix du bénéficiaire et sa modification était un droit personnel du stipulant (cf. 1^{re} Civ., 31 mars 1992, *Bull.* 1992, I, n° 94, pourvoi n° 90-20.385)⁶⁷.

On peut observer que la loi nouvelle du 5 mars 2007, tout en rappelant que le curateur ne peut se substituer à la personne en curatelle pour agir en son nom, prévoit désormais que « le curateur peut, s'il constate que la personne en curatelle compromet gravement ses intérêts, saisir le juge pour être autorisé à accomplir seul un acte déterminé ou provoquer l'ouverture de la tutelle » (cf. nouvel article 469 du code civil). Cependant, il n'a pas semblé possible d'anticiper sur ce point la loi nouvelle.

Le troisième arrêt, également du 8 juillet 2009 (*Bull.* 2009, I, n° 162, pourvoi n° 08-16.153), concerne le cas du majeur protégé sous curatelle renforcée qui modifie le bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie en cas de décès, au profit de son curateur. La première chambre civile affirme que le changement de bénéficiaire doit être effectué avec l'assistance du curateur et ajoute que, si le curateur est le nouveau bénéficiaire désigné, il ne peut assister le majeur et doit faire désigner, en l'état du conflit d'intérêt, un curateur *ad hoc*.

Cette décision s'inspire directement des dispositions des articles L. 132-4-1 et L. 132-9 du code des assurances, dans leur rédaction issue de la loi du 17 décembre 2007 et de l'ordonnance du 30 janvier 2009, qui n'étaient pas encore applicables en l'état de contrats d'assurance vie souscrits en 1989 et 1993 et qui n'étaient plus en cours.

5.5. L'exercice des actions en justice

Le majeur sous tutelle ne peut introduire seul une instance en justice, ni défendre seul à une telle action. Il doit être représenté par son tuteur. Il a cependant été jugé que l'irrégularité de fond consistant pour un majeur en tutelle à défendre seul à une action en contrefaçon pouvait être régularisée en appel par l'intervention volontaire de son tuteur puis, alors qu'il avait recouvré sa pleine capacité avant la clôture de la procédure, par des conclusions au fond prises en son nom personnel (1^{re} Civ., 20 janvier 2004, *Bull.* 2004, I, n° 22, pourvoi n° 00-19.577).

Selon l'ancien article 464 du code civil, applicable aux majeurs, le tuteur peut, sans autorisation, introduire en justice une action relative aux droits patrimoniaux mais il ne peut, aux termes de l'ancien article 461, sans autorisation, accepter une succession purement et simplement. Dès lors, l'administrateur légal d'un majeur sous tutelle peut-il, sans autorisation

67. Mme Pécaut-Rivolier approuve la solution de l'arrêt de 2007 « tant la souscription de contrats d'assurance vie avec clause bénéficiaire est un mode fréquent d'abus de la faiblesse de futurs majeurs protégés », *AJ famille* 2007, 185. Cf. pour l'annulation d'une souscription d'un contrat d'assurance vie pour insanité d'esprit : 1^{re} Civ., 22 octobre 2008, pourvoi n° 07-18.279.

du juge des tutelles, intenter, au nom de son protégé, une action en annulation d'un testament instituant un légataire universel ?

La Cour de cassation a répondu par l'affirmative en estimant que, dès lors que cette action, à caractère patrimonial, avait pour seul effet de permettre l'application des dispositions légales de dévolution successorale, elle ne supposait pas nécessairement l'intention d'accepter purement et simplement la succession (1^{re} Civ., 20 septembre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 412, pourvoi n° 04-18.501).

Le majeur en curatelle peut, sauf application de l'ancien article 501 du code civil, exercer seul les actions relatives à ses droits patrimoniaux et défendre à de telles actions. En effet, le majeur sous curatelle peut accomplir seul tous les actes que le tuteur peut faire seul sous le régime de la tutelle (cf. anciens articles 510, 464 et 495 du code civil).

Le majeur sous curatelle renforcée peut ainsi introduire seul une action dont l'objet principal est la résolution d'un bail et l'expulsion de l'occupant (1^{re} Civ., 20 septembre 2006, pourvoi n° 04-15.435) ou une action qui a pour objet de contester devant le juge de l'exécution un commandement de quitter les lieux (1^{re} Civ., 9 décembre 2009, pourvoi n° 08-16.835, en cours de publication). Il peut aussi défendre seul à une action dont l'objet est d'obtenir l'expulsion de l'ancien propriétaire d'un immeuble par le nouvel acquéreur du bien (1^{re} Civ., 9 décembre 2009, pourvoi n° 08-16.836, en cours de publication).

L'ancien article 510-2 du code civil mentionne par ailleurs que toute signification faite au majeur en curatelle doit l'être aussi à son curateur, à peine de nullité.

La Cour de cassation a dû statuer sur le point de savoir si l'article 510-2 imposait la participation du curateur à l'instance intéressant le majeur même lorsque celle-ci était relative à l'exercice d'un droit patrimonial ou si cette disposition avait seulement pour objet d'informer le curateur afin de lui permettre de jouer son rôle de conseil et d'assistance.

Un arrêt du 22 novembre 2005 (1^{re} Civ., *Bull.* 2005, I, n° 439, pourvoi n° 03-14.292) a jugé que l'obligation d'information contenue dans l'article 510-2 du code civil était sans incidence sur la capacité d'agir en justice de la personne protégée qui s'apprécie selon le critère posé à l'article 464 du code civil (actions relatives aux droits patrimoniaux et actions relatives aux droits extrapatrimoniaux).

Un arrêt plus récent (1^{re} Civ., 8 juillet 2009, *Bull.* 2009, I, n° 160, pourvoi n° 07-19.465) a précisé que le non-respect de l'obligation d'information du curateur contenue à l'article 510-2 du code civil constituait un vice de forme dont l'inobservation n'était susceptible d'entraîner la nullité que dans les conditions prévues par l'article 114 du code de procédure civile : si elle est soulevée avant toute défense au fond et à charge pour celui qui l'invoque de prouver l'existence d'un grief⁶⁸.

68. Un arrêt de la chambre mixte du 7 juillet 2006 a décidé que seules affectent la validité d'un acte de procédure, indépendamment du grief qu'elles ont pu causer, les irrégularités de fond limitativement énumérées à l'article 117 du nouveau code de procédure civile (Ch. mixte, 7 juillet 2006, *Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 6, pourvoi n° 03-20.026).

Il est à noter que le nouvel article 467, issu de la loi du 5 mars 2007, reprend une disposition similaire à l'ancien article 510-2 : « À peine de nullité, toute signification faite à cette dernière [la personne protégée] l'est également au curateur. » Mais l'article suivant (468 nouveau) prévoit désormais l'assistance obligatoire du curateur pour introduire ou défendre à une action en justice, sans distinction selon la nature patrimoniale ou non de l'action, ce qui paraît particulièrement opportun, pour assurer la protection du majeur sous curatelle.

5.6. L'aveu judiciaire

L'article 1356 du code civil dispose que l'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial.

Un arrêt du 2 avril 2008 (1^{re} Civ., *Bull.* 2008, I, n° 100, pourvoi n° 07-15.820) a précisé que la déclaration faite par le représentant légal d'une personne majeure placée sous le régime de la tutelle n'était pas opposable à cette dernière. L'aveu au nom d'un incapable majeur par son représentant légal dans une procédure judiciaire est donc exclu. Cette solution avait déjà été retenue pour l'aveu par le représentant légal d'un mineur⁶⁹. Aucun texte de la loi de 1968 ou de celle de 2007 ne vise expressément l'aveu mais un auteur estime que l'aveu peut être assimilé à une renonciation pure et simple qui est interdite dans tous les cas au représentant légal par le nouvel article 509 du code civil⁷⁰.

5.7. Le consentement à sa propre adoption par le majeur en tutelle

Dans la loi de 1968, rien n'est dit sur l'adoption par un majeur protégé ou sur l'adoption d'un majeur protégé.

La première chambre civile dans un arrêt du 8 octobre 2008 (1^{re} Civ., *Bull.* 2008, I, n° 223, pourvoi n° 07-16.094) a jugé que le consentement d'un majeur sous tutelle à sa propre adoption était un acte strictement personnel et ne pouvait être donné en son lieu et place par son tuteur. La Cour de cassation a en conséquence approuvé le juge des tutelles d'avoir refusé de nommer un administrateur *ad hoc* pour qu'il consente à l'adoption simple d'une jeune adulte par l'épouse de son père. L'application de l'ancien article 501 du code civil a été envisagée puisqu'il permettait au juge des tutelles d'« énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire elle-même, soit seule, soit avec l'assistance du tuteur ou de la personne qui en tient lieu », mais en l'espèce un certificat médical indiquait que la jeune majeure, qui souffrait d'autisme, était incapable d'exprimer une volonté élaborée et ne pouvait consentir à l'acte.

69. 1^{re} Civ., 15 décembre 1982, *Bull.* 1982, I, n° 365, pourvoi n° 81-14.981 ; 2^e Civ., 19 décembre 1960, *Bull.* 1960, II, n° 784.

70. Cf. Jean Hauser, *in RTD civ.* 2008, p. 452.

Cette décision est une « anticipation prétorienne⁷¹ » de la loi de 2007 et plus particulièrement du nouvel article 458 du code civil qui dispose que :

« Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée.

Sont réputés strictement personnels la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant. »

On peut s'interroger sur les conséquences de ce texte qui prohibe de fait l'adoption simple, notamment par un beau-parent, de jeunes majeurs lourdement handicapés alors qu'une telle adoption pourrait être de leur intérêt⁷².

5.8. L'adoption d'un tiers par un majeur sous tutelle

La loi nouvelle n'envisage pas l'hypothèse de l'adoption par le majeur en tutelle. Il est vrai qu'il peut paraître inopportun et contraire à l'intérêt de l'adopté de prononcer l'adoption d'un mineur par un majeur en tutelle qui se trouverait alors investi de tous les droits et devoirs de l'autorité parentale. En revanche, la possibilité d'adopter un majeur, et particulièrement les enfants du conjoint, pouvait être envisagée, notamment lorsque les démarches avaient commencé avant le placement sous un régime de protection.

Un arrêt du 4 juin 2007 a admis le principe d'une telle adoption (1^{re} Civ., *Bull.* 2007, I, n° 218, pourvoi n° 05-20.243). Utilisant par anticipation les termes du futur article 458, la première chambre a jugé cependant que la présentation d'une requête en adoption était une action dont la nature impliquait un consentement strictement personnel, qui ne pouvait donner lieu à représentation du majeur sous tutelle. Seul le juge des tutelles, sur avis du médecin traitant, aurait pu, en application des dispositions de l'ancien article 501 du code civil (repris à l'article 473 nouveau) autoriser le majeur, seul ou assisté de son représentant légal, à présenter une requête en adoption simple.

71. Cf. Vincent Egéa, *in D.* 2008, p. 2663.

72. Cf. notamment Jean Hauser, *in RTD civ.* 2008, p. 655.

Le maintien en rétention des étrangers

0. INTRODUCTION

0.1. Le rôle du juge judiciaire

L'article 66 de la Constitution fait du juge judiciaire le garant de la liberté individuelle. Il est seul compétent pour se prononcer sur la privation de liberté d'une personne.

Or un étranger en situation irrégulière en France, auquel une mesure d'éloignement est notifiée, peut faire l'objet d'une décision de maintien en rétention dans un local ne relevant pas de l'administration pénitentiaire ou en zone d'attente, qui émane d'une autorité administrative et dont l'appréciation échappe à la compétence du juge judiciaire pour relever de celle du juge administratif.

L'intervention du juge judiciaire est donc limitée puisque celui-ci ne peut se prononcer ni sur la légalité ni sur le bien-fondé de la décision d'éloignement, pas plus que sur celle de maintien en rétention.

Certes, notre Cour a jugé que le juge judiciaire pouvait prendre en compte les changements survenus dans la situation de l'étranger depuis la notification de la mesure d'éloignement pour refuser de prolonger la rétention (2^e Civ., 12 novembre 1997, *Bull.* 1997, II, n° 266, pourvoi n° 96-50.112; 2^e Civ., 10 novembre 1999, pourvoi n° 98-50.014). Mais, dans ces deux espèces, la nouvelle situation de l'étranger rendait impossible son éloignement, car le changement survenu lui permettait de remplir les conditions de résidence en France.

C'est ce qu'a opportunément rappelé la première chambre civile (1^{re} Civ., 9 décembre 2009, pourvoi n° 08-19.491, en cours de publication) en reprochant à un premier président d'avoir refusé de prolonger la rétention d'un étranger au motif que, celui-ci s'étant marié quelques mois auparavant avec une ressortissante française, son placement en rétention aurait constitué une atteinte disproportionnée au respect de sa vie privée et familiale.

La motivation de l'arrêt est nette : « En statuant ainsi, alors que les changements invoqués n'étaient pas de nature à rendre légalement impossible l'exécution de la mesure d'éloignement, le premier président a excédé ses pouvoirs. »

Dès lors que le changement survenu ne rend pas légalement impossible l'exécution de la mesure et qu'une appréciation doit être portée sur les effets de ce changement, seul le juge administratif est compétent pour le faire.

Mais la mesure administrative ne produisant ses effets que pendant quarante-huit heures, le juge judiciaire devra, pour décider d'une éventuelle prolongation de cette mesure (pour une période maximale de quinze jours renouvelable une fois), vérifier les conditions de l'interpellation, la procédure qui en a été la suite et les modalités d'exercice de la rétention administrative.

Dans ces limites et en ayant parfaitement conscience que, si le juge judiciaire ne se prononce pas sur la régularité de la mesure administrative, une décision de refus de maintien en rétention peut rendre illusoire l'exécution de la mesure d'éloignement puisque l'étranger n'est plus sous le contrôle des services de police, la première chambre civile de la Cour de cassation, en charge de ce contentieux, a eu à se prononcer sur ces questions au cours des années écoulées.

0.2. À partir de quel moment le juge judiciaire peut-il être saisi ?

Par un arrêt du 25 mars 2009 (*Bull.* 2009, I, n° 67, pourvoi n° 08-13.496) la première chambre civile a jugé que le juge des libertés et de la détention excède ses pouvoirs en accueillant la demande d'un étranger maintenu en rétention tendant à ce qu'avant toute prolongation de cette mesure il y soit mis fin.

La Cour de cassation considère ainsi que, dans le délai de quarante-huit heures suivant la décision de maintien en rétention, seule la juridiction administrative est compétente pour revenir sur une telle mesure.

Mais, la mesure administrative ne produisant ses effets que pendant quarante-huit heures, le juge des libertés et de la détention doit être saisi avant l'expiration de ce délai. Dans le cas contraire aucune prolongation ne peut être ordonnée (8 octobre 2008, *Bull.* 2008, I, n° 222, pourvoi n° 07-12.151).

Il suffit, toutefois, que le juge ait été saisi avant l'expiration du délai, la présentation de l'étranger devant le juge après cette échéance n'ayant pas d'incidence puisque l'intéressé est maintenu à la disposition de la justice pendant le temps strictement nécessaire à la tenue de l'audience et au prononcé de l'ordonnance (1^{re} Civ., 8 juillet 2009, pourvoi n° 08-16.599; 1^{re} Civ., 9 décembre 2009, pourvois n° 08-21.543 et 08-21.580).

Enfin, lorsque le juge valablement saisi n'autorise pas la prolongation de la mesure de rétention administrative et en l'absence de demande du ministère public tendant à voir déclarer l'appel suspensif, le maintien à la disposition de la justice de l'étranger n'a plus de fondement à l'expiration du délai de quatre heures suivant la notification au procureur de la République et le premier président doit constater que l'étranger est retenu illégalement (1^{re} Civ., 6 février 2008, *Bull.* 2008, I, n° 45, pourvoi n° 06-21.894).

1. LA PROTECTION DE L'ÉTRANGER LORS DE L'INTERPELLATION : LE PRINCIPE DE LOYAUTÉ

Faisant suite à l'arrêt *Conka c. Belgique* de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 5 février 2002, requête n° 51564/99), la première chambre civile a, par cinq arrêts du 11 mars 2009, précisé les conditions qui doivent être remplies pour qu'une interpellation

d'un étranger dans les locaux d'une préfecture, d'un commissariat de police ou d'une gendarmerie soit loyale.

Par un arrêt du 6 février 2007 (*Bull.* 2007, I, n° 53, pourvoi n° 05-10.880) elle avait déjà dit que « l'administration ne peut utiliser la convocation à la préfecture d'un étranger, faisant l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière, qui sollicite l'examen de sa situation administrative nécessitant sa présence personnelle, pour faire procéder à son interpellation en vue de son placement en rétention ».

Puis, par un arrêt du 23 janvier 2008 (*Bull.* 2008, I, n° 22, pourvoi n° 06-21.340), elle a jugé que ne présentait pas un caractère déloyal la procédure d'interpellation, en flagrant délit, sur la voie publique, devant un tribunal, d'un étranger en séjour irrégulier sur le territoire français, par des services de police informés de sa présence, dès lors que l'administration n'était pas à l'origine de sa convocation.

Les leçons à tirer des cinq arrêts du 11 mars 2009 (*Bull.* 2009, I, n° 51, pourvoi n° 07-21.961; n° 52, pourvoi n° 08-11.252; n° 53, pourvoi n° 08-12.166; n° 54, pourvoi n° 08-11.177; n° 55, pourvoi n° 08-11.796), rendus pour la plupart par référence à l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, peuvent se résumer ainsi :

- est irrégulière l'interpellation d'un étranger pour délit de séjour irrégulier par des services de police qui, pour y procéder, ont utilisé sa convocation dans les locaux du service pour un examen de son dossier de mariage nécessitant sa présence personnelle;
- n'est pas déloyale l'interpellation pour séjour irrégulier, dans les locaux d'une préfecture, d'un étranger qui s'y est rendu spontanément;
- n'est pas déloyale l'interpellation pour séjour irrégulier, dans les locaux d'une préfecture, d'un étranger qui y a été convoqué pour l'exécution de la mesure d'éloignement dont il faisait l'objet.

2. LA PROTECTION DE L'ÉTRANGER LORS DE L'AUDIENCE

L'article L. 552-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile pose comme principe que le juge des libertés et de la détention statue au siège du tribunal de grande instance dans le ressort duquel se situe le lieu de placement en rétention de l'étranger mais que, 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, il statue dans cette salle.

Dans plusieurs villes, la construction d'un centre de rétention s'est accompagnée de l'aménagement d'une salle d'audience incluse dans l'enceinte commune au centre de rétention administrative et à des services de police.

Par trois arrêts du 16 avril 2008 (*Bull.* 2008, I, n° 116, pourvoi n° 06-20.390; n° 117, pourvoi n° 06-20.391 et n° 118, pourvoi n° 06-20.978) et un arrêt du 11 juin 2008 (*Bull.* 2008, I, n° 166, pourvoi n° 07-15.519), la première chambre civile a jugé que la proximité immédiate

exigée par l'article L. 552-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile était exclusive de l'aménagement spécial d'une salle d'audience dans l'enceinte d'un centre de rétention.

La Cour a estimé que la notion de proximité impliquait celle d'extériorité et que le débat judiciaire ne pouvait se concevoir qu'en dehors du local administratif dans lequel les étrangers étaient retenus.

3. LA PROTECTION DE L'ÉTRANGER PENDANT SA RÉTENTION

3.1. L'étranger en zone d'attente

Deux arrêts ont été rendus à propos de mineurs maintenus en zone d'attente.

Par un premier arrêt du 22 mai 2007 (*Bull.* 2007, I, n° 202, pourvoi n° 06-17.238), la première chambre civile a jugé que tout retard dans la mise en œuvre de la désignation d'un administrateur *ad hoc*, en l'absence de circonstances particulières, portait nécessairement atteinte aux intérêts du mineur.

En l'espèce l'administrateur n'avait été désigné qu'après un délai de trente-neuf heures alors que l'article L. 221-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dispose qu'il doit l'être sans délai.

Par un second arrêt, plus important, la première chambre civile a dit qu'un mineur maintenu en zone d'attente pouvait faire l'objet d'une mesure de protection en application des dispositions de l'article 375 du code civil (25 mars 2009, *Bull.* 2009, I, n° 66, pourvoi n° 08-14.125).

Cet arrêt ne dit pas que tout mineur placé en zone d'attente doit faire l'objet d'une mesure de protection. Il appartiendra au juge des enfants de dire si ce mineur est en danger ou non.

Mais l'arrêt va au-delà du problème de la situation des mineurs. Il énonce plus largement que « la zone d'attente se trouve sous contrôle administratif et juridictionnel national », ce qui signifie que la zone d'attente n'est pas une zone de non-droit et que les autorités françaises peuvent y intervenir dans quelque domaine que ce soit.

3.2. L'étranger maintenu dans un local de rétention administrative

Le principe posé par l'article R. 551-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile est que les étrangers retenus dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire sont placés dans des établissements dénommés centres de rétention administrative.

Ces centres sont régis par des textes particuliers qui imposent des modalités d'hébergement spécifiques qui permettent à l'étranger d'exercer ses droits.

En cas de circonstances particulières, l'article R. 551-3 du même code prévoit que l'étranger peut être placé dans un « local de rétention administrative » qui ne présente pas les mêmes conditions d'hébergement.

Un tel placement ne peut excéder quarante-huit heures, mais en cas d'appel de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention l'étranger peut y être maintenu jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le recours et s'il n'y a pas de centre de rétention administrative dans le ressort de la cour d'appel où se situe le local.

La première chambre a fait une application stricte de cet article dérogatoire au droit commun (8 avril 2009, *Bull.* 2009, I, n° 76, pourvoi n° 08-13.306) : « En l'absence d'appel de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention dans le délai de quarante-huit heures ayant couru depuis son placement en rétention, M. X... ne pouvait être retenu que dans un centre de rétention administrative après l'expiration de ce délai. »

Ce n'est pas le maintien en rétention qui est remis en cause mais ses modalités d'exercice. L'étranger aurait pu être retenu dans un centre de rétention administrative mais il ne pouvait plus l'être dans un local de rétention après l'expiration du délai de quarante-huit heures puisque, dans ce délai, il n'y avait pas eu appel de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention.

3.3. L'étranger maintenu dans un centre de rétention administrative

Par plusieurs arrêts du 31 janvier 2006 (notamment *Bull.* 2006, I, n° 45, pourvois n° 04-50.093, 04-50.121 et 04-50.128), la première chambre a jugé que le juge, gardien de la liberté individuelle, s'assure par tous moyens et notamment d'après les mentions figurant au registre prévu à cet effet, émargé par l'intéressé, que celui-ci a été, au moment de la notification de la décision de placement en rétention, pleinement informé de ses droits et placé en mesure de les faire valoir.

Un arrêt du 9 janvier 2008 (pourvoi n° 07-11.137) a rappelé la nécessité de ce contrôle.

La première chambre a été conduite à préciser le contour des droits reconnus à l'étranger maintenu en rétention.

3.3.1. Droit de communiquer avec un tiers

Sauf obstacle insurmontable, le droit de communiquer avec un tiers ne peut être limité à une seule visite par jour (22 mai 2007, *Bull.* 2007, I, n° 203, pourvoi n° 06-17.212).

L'étranger doit pouvoir user d'un téléphone pendant le trajet jusqu'au centre de rétention administrative (9 juillet 2008, *Bull.* 2008, I, n° 197, pourvoi n° 07-19.539), mais la mise

à la disposition d'un téléphone n'est pas gratuite (22 octobre 2008, *Bull.* 2008, I, n° 236 et 237, pourvois n° 07-20.068 et 07-20.142).

3.3.2. Droit à être assisté d'un avocat

L'étranger a disposé d'un tel droit dès lors qu'il a été assisté d'un avocat lors des audiences sans qu'importe qu'un numéro de téléphone erroné concernant la permanence du barreau lui ait été communiqué à l'occasion de la notification de ses droits (11 février 2009, *Bull.* I, n° 31, pourvoi n° 08-12.486).

3.3.3. Droit de rencontrer un médecin

L'exercice d'un tel droit est effectif dès lors que le règlement intérieur du centre de rétention prévoit que l'infirmerie du centre est accessible aux retenus, qu'un médecin y donne des consultations sur rendez-vous et qu'un infirmier y assure des permanences chaque jour de la semaine (20 mai 2009, *Bull.* 2009, I, n° 98, pourvoi n° 08-12.523).

3.3.4. La situation d'un étranger accompagné d'un enfant

Un étranger mineur de 18 ans ne peut pas faire l'objet d'une mesure d'éloignement (article L. 511-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile). Il ne peut donc, par application de l'article L. 551-1 du même code, être placé en rétention.

Mais lorsque des parents étrangers accompagnés de leur enfant mineur sont maintenus en rétention, l'enfant qui suit ses parents est placé dans un centre de rétention administrative avec eux.

Pour tenir compte de cette éventualité, l'article R. 553-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoit que les centres de rétention administrative susceptibles d'accueillir des familles doivent disposer de chambres spécialement équipées et, notamment, de matériels de puériculture adaptés.

Certains juges du fond, juges des libertés et de la détention ou délégués du premier président, ont estimé que le fait de maintenir dans un tel lieu des parents et leur enfant constituait un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme eu égard aux conditions de vie anormales imposées à cet enfant et à la grande souffrance morale ou psychique infligée aux parents par cet enfermement, souffrance manifestement disproportionnée au but poursuivi.

Par deux arrêts du 10 décembre 2009 (pourvois n° 08-14.141 et 08-21.101, en cours de publication), la première chambre civile a cassé les deux ordonnances qui lui étaient soumises en reprochant au premier président d'avoir statué par des motifs impropres à caractériser, en l'espèce, un traitement inhumain ou dégradant.

La Cour de cassation a considéré que la motivation des ordonnances était trop abstraite et ne faisait pas suffisamment référence aux éléments concrets qui pouvaient permettre de caractériser le traitement inhumain.

Elle n'a pas pour autant dit qu'une telle situation ne pouvait jamais constituer un traitement inhumain, car l'analyse doit être faite au cas par cas.

Enfin ces décisions doivent être regardées par référence au fondement juridique retenu par les juges du fond et aux moyens soutenus par les demandeurs au pourvoi.



II

Contributions de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation

La protection des particuliers surendettés

À la fin des années 1980, le tarissement des revenus des ménages provoqué par le chômage, conjugué au recours massif au crédit pour compenser la baisse des revenus et à l'alourdissement de la charge des intérêts engendré par la désinflation, a ruiné des dizaines de milliers de ménages. Or, le droit civil alors en vigueur offrait aux débiteurs hors d'état d'acquitter leurs dettes la faculté d'invoquer le bénéfice des dispositions de l'article 1244, alinéa 2, du code civil, autorisant le juge à leur accorder des délais de paiement fixés au maximum à deux ans. Ces dispositions se sont révélées insuffisantes pour permettre à ces débiteurs d'apurer leurs dettes et de sortir de l'état d'endettement ruineux dans lequel ils se trouvaient.

Exception faite du dispositif de désendettement des rapatriés, seuls les particuliers domiciliés dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle pouvaient bénéficier de la procédure spécifique de faillite civile du droit d'Alsace-Moselle, d'ailleurs toujours en vigueur actuellement. Le particulier insolvable apparaissait, avec quelques autres, comme les membres des professions libérales, le grand absent des procédures de désendettement instituées par le législateur au profit des entreprises.

La première loi française destinée à répondre au phénomène du surendettement des ménages fut promulguée le 31 décembre 1989. En dépit de l'objectif affiché de traiter « l'endettement de façon globale et concertée » et afin de permettre « à de nombreuses familles de sortir d'une spirale qui les conduit à la précarité et à l'exclusion de notre société⁷³ », les pouvoirs publics n'ont pas voulu instaurer un système de faillite civile tel qu'il existait en Allemagne, en Angleterre ou encore en Alsace-Moselle. Ils se sont contentés d'adopter un système plus modeste confiant à des commissions administratives, baptisées commissions départementales d'examen des situations de surendettement, le soin de rechercher, par la voie de la négociation, la conclusion de plans conventionnels de désendettement entre les débiteurs et leurs créanciers. Parallèlement à cette procédure amiable, ils conféraient aussi la faculté au juge d'instance, saisi directement par le débiteur, d'imposer des mesures de désendettement. Étaient ainsi ouvertes aux justiciables deux procédures concurrentes. Sur le fond, la législation ne confiait pas aux juges des pouvoirs à la hauteur des difficultés rencontrées par les ménages les plus endettés. Les prérogatives qui leur étaient dévolues paraissaient plus proches d'une amélioration du mécanisme des délais de grâce de droit commun que de mesures efficaces de résorption de l'insolvabilité. La loi se bornait, pour l'essentiel, à octroyer au juge le pouvoir de reporter le paiement des emprunts sur une durée de cinq ans, d'abaisser les taux d'intérêt en deçà du taux d'intérêt légal et de réduire, éventuellement jusqu'à son extinction, la dette du prêt destiné à l'acquisition du logement principal restant due après vente forcée du logement. Alors que le phénomène du surendettement s'amplifiait, et que les tribunaux furent rapidement submergés, la réforme de la législation sur le surendettement s'avérait inévitable.

73. *Présentation de la loi du 31 décembre 1989 par le secrétaire d'État à la consommation*, Brochure DGCCRF févr. 1990.

Pour résorber l'encombrement des juridictions sans accroître leurs moyens, la loi du 8 février 1995 modifia l'articulation entre le juge et les commissions⁷⁴. L'idée fut de faire des commissions départementales de surendettement des particuliers les organes pivots de la procédure. Pour bénéficier des mesures légales de rééchelonnement ou de réduction de leurs dettes, les débiteurs devaient, suivant la législation de 1995, obligatoirement saisir la commission de surendettement. Celle-ci recevait, en cas de désaccord entre le débiteur et ses créanciers, le pouvoir de prescrire des mesures de redressement que, jusque-là, seul le juge pouvait décider. Homologuées par le magistrat après qu'il en eut vérifié la régularité, ces mesures recommandées par la commission devenaient exécutoires en l'absence de contestation. En présence d'une contestation, le juge retrouvait alors la plénitude de son pouvoir juridictionnel et se substituait à la commission pour prendre les mesures de traitement adaptées au surendettement du débiteur. Se voyaient ainsi esquissées les grandes lignes de la procédure actuelle de règlement du surendettement. L'économie du dispositif légal reposait donc sur un système à deux niveaux : une procédure conventionnelle extrajudiciaire à laquelle succédait, le cas échéant, une procédure judiciaire.

La loi de 1995 ne dotant pas les commissions et les tribunaux d'un arsenal renouvelé de mesures plus radicales, seules aptes à traiter le surendettement, elle n'apportait pas de solution satisfaisante à la situation de débiteurs d'un type différent de celui envisagé à l'origine par le législateur. Si, en effet, le surendettement des ménages dans les années 1980 se caractérisait par un recours au crédit supérieur à la capacité de remboursement permise par leurs revenus, depuis les années 1990, le surendettement procède plus d'une faiblesse de revenus inhérente à la crise économique et au chômage que de l'excès de crédit. Or, autant le rééchelonnement des dettes d'un débiteur qui a des ressources, accompagné le cas échéant de la suppression du cours des intérêts, peut lui permettre, à terme, de solder l'ensemble de son passif, autant de telles mesures sont vaines quand le débiteur n'a ni biens ni revenus, au point de disposer d'une capacité de remboursement dérisoire par rapport à son endettement. Appauvris par le chômage, la maladie ou le divorce, la plupart des débiteurs avaient une capacité financière si faible que les mesures de réduction d'intérêts et d'étalement des dettes ne suffisaient plus pour envisager le règlement de leur situation d'endettement. L'apurement de leur passif sans passer par un effacement de leurs dettes était, en ce qui les concerne, illusoire.

Devant l'insuffisance de cette réforme à parvenir à traiter les cas de surendettement les plus lourds, caractérisés par l'impossibilité pour les débiteurs les plus surendettés à dégager toute capacité de remboursement, l'idée s'est progressivement imposée d'instaurer une

74. G. Paisant, « La réforme de la procédure de traitement des situations de surendettement par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 », *JCP* 1995, I, 3844 ; du même auteur, obs. *RTD com.* 1995, p. 474 s. ; E. Brocard, « À propos du chapitre II du titre II de la loi du 8 février 1995 relatif à la modification de la procédure de traitement des situations de surendettement », *ALD* 1995, p. 70 ; D. Khayat, « Les nouvelles dispositions sur le surendettement des particuliers : une réforme pour rien ? », *Gaz. Pal.* 1995, doct. p. 1374 ; P.-J. Chatain et F. Ferrière, « Le nouveau régime de traitement des situations de surendettement des particuliers issu de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 », *D.* 1996, chron. p. 39 ; G. Raymond, « Le surendettement des particuliers et des familles après la réforme du 8 février 1995 », *Contrats, conc., consom.* 1995, chron. 3.

procédure nouvelle qui permette d'apurer, au moyen de l'extinction des créances, conditionnelles ou non, partielles ou totales, le passif des ménages les plus obérés.

Devant la progression des phénomènes de précarité perçus depuis lors comme une menace pour la cohésion sociale, les pouvoirs publics ont décidé de réagir, par une première réforme d'ampleur, avec la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions⁷⁵. Cette réforme a ouvert, pour la première fois, la possibilité aux commissions de surendettement de recommander, et aux juges de l'exécution d'imposer, des mesures plus radicales pouvant aller, après un moratoire de trois ans, jusqu'à l'effacement total des dettes.

C'est dans cette perspective, inspirée d'une logique sociale de solidarité envers les plus faibles, que la loi du 1^{er} août 2003 sur la ville et la rénovation urbaine a parachevé l'évolution législative⁷⁶. Mais, contrairement au législateur de 1998, le législateur de 2003 s'est, cette fois-ci, ouvertement inspiré de la procédure de faillite civile d'Alsace-Moselle. En effet, tout en maintenant le dispositif préexistant pour les situations dans lesquelles les mesures ordinaires permettent d'envisager le désendettement des débiteurs, la loi crée, pour les cas où, d'emblée, la situation patrimoniale du débiteur apparaît irrémédiablement compromise, une procédure collective intitulée « rétablissement personnel ». Cette procédure prévoit, après nomination d'un mandataire liquidateur, la vente des biens du débiteur en contrepartie de l'effacement de ses dettes non professionnelles.

75. A. Sinay-Cytermann, « Les innovations de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », *JCP* 1999, I, 106; G. Raymond, « Nouvelle réforme du surendettement des particuliers et des familles », *Contrats, conc., consom.* 1999, chron. 10; P.-L. Chatain et F. Ferrière, « Le nouveau régime de traitement du surendettement après la loi d'orientation du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », *D.* 1999, p. 287; G. Paisant, « La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », *RTD com.* 1998, p. 743; P. Ancel, « Du redressement judiciaire à la liquidation judiciaire civile ? », *Dr. et patrimoine* 1998, n° 64, p. 53.

76. G. Paisant, « La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 1^{er} août 2003 sur la ville et la rénovation urbaine », *RTD com.* 2003, p. 671; G. Raymond, « Quatrième étape pour le surendettement : le rétablissement personnel », *Contrats, conc., consom.* 2003, chron. 9; N. Cote, « Le nouveau dispositif de traitement du surendettement des particuliers », *JCP* 2003, I, 175; C. Rondey, « La réforme du surendettement par la loi Borloo du 1^{er} août 2003 », *D.* 2003, p. 2162; A. Gourio, « La procédure de rétablissement personnel applicable aux particuliers », *JCP* 2003, éd. G, I, 242; V. Vigneau, « La réforme du surendettement », *Dr. et procédures* 2004, n° 2, p. 67; S. Piedelièvre, « Le droit à l'effacement des dettes », *Defrénois* 2004, n° 37852; Coll. fac. Montpellier, « La procédure de rétablissement personnel, premières applications », *Contrats, conc., consom.* 2005, chron. 9 à 17; P. Flores, « La procédure de rétablissement personnel : un nouveau défi pour le juge de l'exécution », *Revue des procédures collectives*, déc. 2004, étude n° 4; « Analyse prospective et comparatiste de la loi sur le rétablissement personnel », dir. X. Lagarde, *RD bancaire* 2006, p. 55 et s.; Adde J.-L. Borloo, E. Sander et S. Smaniotto-Gruska, « Surendettement et famille », *Actualité juridique famille*, oct. 2003, p. 328; B. Soinne, « La procédure de rétablissement personnel, propos introductifs », *JCP* 2003, act. 475; O. Dunaud, « L'huissier de justice face au surendettement et au rétablissement personnel », *Nouv. Journ. huissiers just.* juill./août 2006, p. 25; F. Vauvillé, « Les praticiens du droit face à la réforme du surendettement », *Dr. et patrimoine* 2004, n° 126, p. 38; P. Julien, « Surendettement et rétablissement personnel : éléments d'une présentation », *Dr. famille* 2004, chron. 14, P. Bouteiller, « La procédure de rétablissement personnel de la loi du 1^{er} août 2003 », *Dr. et patrimoine* nov. 2003, p. 34 s.

Le droit du surendettement des particuliers poursuit aujourd'hui comme but de sauvegarder les particuliers de la misère et de l'exclusion sociale et de leur garantir l'espoir d'une situation meilleure. Un auteur y a vu même une traduction concrète du droit à la dignité⁷⁷. Il vérifie l'observation d'un adoucissement continu de la condition juridique de l'endetté dans l'histoire⁷⁸.

Pour autant, tout praticien qui a eu à appliquer cette législation a pu se convaincre que, par ses approximations, ses lacunes, ses obscurités et ses contradictions, symptomatiques des lois contemporaines, elle donne matière à controverses. Dans bien des cas, une interprétation littérale du texte aurait pu conduire à priver les débiteurs surendettés du bénéfice du dispositif de désendettement prévu à leur effet si la Cour de cassation n'avait, parfois en sollicitant le texte, préféré une lecture téléologique de la loi qui favorise de façon efficace le désendettement, tout en limitant, autant que faire se peut, les atteintes aux droits des créanciers.

Selon l'article L. 330-1 du code de la consommation, peuvent bénéficier de la procédure de surendettement les personnes physiques de bonne foi se trouvant « dans l'impossibilité manifeste [...] de faire face à l'ensemble de [leurs] dettes non professionnelles exigibles et à échoir » ; deux séries de conditions sont ainsi énoncées, la première tenant à la personne du débiteur, la seconde à la nature et à l'entendu de son endettement.

Cette étude a pour objet de présenter la façon dont la Cour de cassation, dans les espaces d'appréciation laissés par le législateur, a délimité le champ d'application de ce texte dans un sens qui assure la validité et la cohérence des dispositifs de désendettement des particuliers.

1. CONDITIONS RELATIVES À LA SITUATION PERSONNELLE DU DÉBITEUR

Les conditions légales afférentes à la situation personnelle du débiteur qui commandent l'ouverture à son profit de la procédure de traitement du surendettement se dédoublent entre les conditions tenant à sa situation juridique et celles intéressant son comportement, c'est-à-dire sa bonne foi.

1.1. Conditions relatives à la situation juridique du débiteur

Malgré l'énoncé de l'article L. 330-1 du code de la consommation, toutes les personnes physiques ne peuvent bénéficier de la procédure de traitement du surendettement. L'article L. 333-3 du code de la consommation en évince, en effet, l'ensemble des personnes justiciables des procédures collectives prévues par le code de commerce. Il s'agit, quelle

77. J.-B. Racine « Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers », *Petites Affiches*, 29 mars 2006, n° 63, p. 37.

78. Par exemple : B. Opetit, « L'endettement et le droit », *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, 1991, p. 295.

que soit la nature de leurs dettes, d'une part, des commerçants, des personnes inscrites au répertoire des métiers (les artisans) et des agriculteurs et, d'autre part, depuis la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, des personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante⁷⁹.

La Cour de cassation a cependant veillé à ne pas étendre cette règle au conjoint du commerçant qui se serait vu sinon privé du bénéfice de toute procédure de règlement collectif de ses dettes. Elle a ainsi considéré que la situation matrimoniale, conjugale ou familiale du débiteur n'avait pas d'incidence sur son statut professionnel. Elle juge par conséquent que « le fait d'être marié à un commerçant n'est pas à lui seul une cause d'exclusion » de la procédure de surendettement⁸⁰. De même, le conjoint d'un professionnel relevant d'un autre dispositif est recevable à bénéficier de la procédure de surendettement. De la sorte, le débiteur inscrit au registre du commerce et des sociétés en qualité de conjoint collaborateur ou d'associé peut bénéficier d'une procédure de traitement du surendettement relatif à ses dettes non professionnelles, sauf à établir qu'il est lui-même commerçant ou artisan ou qu'il a participé en fait à la direction de l'entreprise⁸¹.

Il convient cependant de préciser que cette jurisprudence ne peut trouver à s'appliquer lorsque les dettes de la communauté sont intégrées à la procédure collective du conjoint. Dans un tel cas, le passif de l'époux non commerçant suit alors le régime juridique de la procédure collective qui diffère de celui de la procédure de traitement du surendettement des particuliers⁸². Dès lors, le débiteur ne remplit plus les conditions lui permettant de bénéficier de la procédure de surendettement.

1.2. Conditions relatives au comportement du débiteur

La notion de débiteur de bonne foi a nourri, dès les premiers mois d'application de la loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des particuliers, d'importantes controverses doctrinales et jurisprudentielles. Les discussions ont été d'autant plus vives que, sur le terrain judiciaire, l'essentiel du débat sur la recevabilité de la demande formée par le débiteur en vue de bénéficier des procédures de désendettement portait sur cette condition. La contestation de la bonne foi du débiteur constitue, en effet, dans bien des cas, la seule possibilité pour les créanciers d'échapper aux mesures de désendettement arrêtées en faveur du débiteur.

79. 1^{re} Civ., 19 novembre 1991, *Bull.* 1991, I, n° 322, pourvoi n° 91-04.007; 1^{re} Civ., 22 janvier 2002, *Bull.* 2002, I, n° 25, pourvoi n° 01-04.020; *Contrats, conc., consom.* 2002, comm. n° 103, note Raymond; *RTD com.* 2002, p. 552, obs. Paisant.

80. 1^{re} Civ., 31 mars 1992, *Bull.* 1992, I, n° 108, pourvoi n° 90-04.064; 1^{re} Civ., 22 janvier 2002, *Bull.* 2002, I, n° 25, pourvoi n° 01-04.020 – *Contrats, conc., consom.* 2002, n° 103, obs. Raymond – *D.* 2002, somm. p. 2443, obs. Revel.

81. 2^e Civ., 14 septembre 2006, pourvoi n° 05-16.143, *RTD com.* 2006, 919, obs. Paisant.

82. 1^{re} Civ., 11 octobre 2000, *Bull.* 2000, I, n° 242, pourvoi n° 99-04.091; 1^{re} Civ., 13 mars 2001, *Bull.* 2001, I, n° 74, pourvoi n° 00-04.053, *RTD com.* 2001, p. 781, obs. Paisant; 1^{re} Civ., 22 janvier 2002, *Bull.* 2002, I, n° 25, pourvoi n° 01-04.020, précité.

À cet égard, et compte tenu de la place qu'elle occupe dans l'économie du texte, la bonne foi – ou, plus exactement suivant l'esprit de la loi, son antithèse, la mauvaise foi – aurait mérité de recevoir une définition légale, ce qui n'en a pas été. Il aurait pu appartenir à la Cour de cassation de jouer son rôle unificateur et régulateur du droit, de dégager une interprétation de la mauvaise foi du débiteur et d'en dégager des critères généraux. Mais, s'agissant d'une notion éminemment factuelle, la Cour, qui est d'abord juge du droit, n'a pas estimé devoir poser les critères d'une définition de la mauvaise foi du débiteur. Bien au contraire, elle a refusé de s'enfermer dans une définition abstraite qui aurait limité la marge d'appréciation des juridictions⁸³. Elle laisse donc au pouvoir souverain des juges du fond la liberté de décider ce qu'est un débiteur de bonne foi⁸⁴.

Pour autant, la Cour de cassation n'a pas renoncé à tout contrôle sur les conditions de mise en œuvre de cette notion par les juges du fond. Sans remettre complètement en cause le pouvoir attribué à ceux-ci de décider si tel fait caractérise ou non la bonne foi d'un débiteur, elle a, par deux voies distinctes mais parallèles, exercé de façon indirecte un contrôle fragmentaire sur leur qualification.

La première série d'interventions a eu moins pour objet de définir la notion de bonne foi que de fixer son mode d'emploi, par exemple la charge de sa preuve. Elle a contribué néanmoins à sa définition de façon marginale. La seconde série concourt, en revanche, plus directement à l'esquisse d'une définition de la bonne foi.

La Cour de cassation encadre tout d'abord la liberté d'appréciation des juges du fond en soumettant leurs décisions à quatre règles méthodologiques :

- la bonne foi se présume ;
- la bonne foi est personnelle au débiteur ;
- le juge doit apprécier la bonne foi au vu de l'ensemble des éléments qui lui sont soumis au jour où il statue ;
- les faits constitutifs de la mauvaise foi doivent être en rapport direct avec la situation de surendettement.

La première règle intéresse la présomption de bonne foi, la deuxième se rattache à l'imputation de la mauvaise foi, la troisième concerne la temporalité de la notion de bonne foi. Enfin, la quatrième règle se rapporte à l'objet de la bonne foi. Examinons-les à tour de rôle.

Selon la Cour de cassation, le débiteur qui présente une demande de traitement de son surendettement est présumé de bonne foi. La solution a été énoncée dès les premiers arrêts qui, aux lendemains de l'entrée en vigueur de la loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des particuliers, eurent à statuer sur la fin de non-recevoir tirée de l'absence de

83. Controverses par la Cour de cassation : 1^{re} Civ., 14 mai 1992, *Bull.* 1992, I, n° 136, pourvoi n° 91-04.069 ; *Petites Affiches*, 12 mai 1993, n° 57, p. 23, note Dagorne-Labbé ; *RTD com.* 1992, p. 864, obs. Paisant.

84. Cf. notamment 1^{re} Civ., 4 avril 1991, *Bull.* 1991, I, n° 124, pourvoi n° 90-04.042 et n° 126, pourvoi n° 90-04.004 ; *JCP* 1991, II, 21702, concl. Flipo, note Picod ; *D.* 1991, p. 307, note Bouloc ; *RTD com.* 1991, p. 446, obs. Paisant ; 2^e Civ., 11 mai 2006, pourvoi n° 05-04.036.

bonne foi du débiteur. La Cour de cassation a rendu le 4 avril 1991 trois décisions de principe à ce sujet⁸⁵. Depuis, la jurisprudence n'a jamais varié⁸⁶.

Cette règle peut puiser sa justification dans plusieurs dispositions éparses du code civil, notamment les articles 2268 relatif à la prescription acquisitive abrégée et 1116, alinéa 2, afférent au dol civil dans la formation des conventions. Suivant le premier de ces textes, « la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ». Suivant le second, « le dol ne se présume pas. Il doit être prouvé ».

De ce principe fondamental, la Cour de cassation a tiré deux corollaires. Elle en déduit d'abord qu'il incombe au créancier d'alléguer la fin de non-recevoir tirée de la mauvaise foi du débiteur, et d'en rapporter la preuve. La solution, notamment exprimée par l'arrêt du 4 avril 1991 cité plus haut, se justifie pleinement. En principe, c'est au demandeur qui réclame l'application d'un droit de prouver qu'il réunit les conditions pour en bénéficier. Le débiteur qui réclame le bénéfice des procédures de désendettement devrait, par application des principes probatoires généraux, établir sa bonne foi de la même manière qu'il doit, selon la jurisprudence constante, justifier de son état de surendettement. Or, le jeu de la présomption légale dispense précisément le débiteur de rapporter la preuve de l'élément présumé. Il déplace sur les créanciers, qui contestent le droit du demandeur de bénéficier de la législation sur le surendettement, la charge d'établir sa mauvaise foi afin de détruire la présomption de bonne foi dont il jouit. Si les créanciers faillent dans leur démonstration et ne parviennent pas à dissiper toute incertitude raisonnable, le doute sera retenu à leur détriment.

Dans le prolongement du premier corollaire qu'elle a dégagé, la Cour de cassation déduit ensuite de la présomption de bonne foi la règle selon laquelle le juge ne peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la mauvaise foi de l'intéressé. Ainsi, même placé devant des cas manifestes d'intention frauduleuse, le juge doit impérativement s'abstenir de relever d'office la fin de non-recevoir. Il est donc en toutes circonstances tenu, en cas de carence des créanciers, d'accueillir la demande du débiteur et de le faire bénéficier des dispositions protectrices des procédures de désendettement. Si les créanciers ne contestent pas la bonne foi du débiteur, le juge ne peut se substituer à eux.

Pour cette raison tombe aussi sous la censure de la Cour de cassation la décision du juge qui relève la mauvaise foi du débiteur alors que la commission a déclaré irrecevable sa demande en se fondant sur un autre motif, par exemple « le caractère professionnel de l'endettement⁸⁷ ». En revanche, parce qu'il ne soulève pas en ce cas d'office la fin de non-recevoir, le juge qui est saisi d'un recours formé contre la décision d'irrecevabilité prise par une commission pour cause de mauvaise foi peut confirmer cette décision en reprenant le motif mis en avant par la commission, quoique celui-ci n'ait pas été spécialement invoqué devant

85. Cf. notamment 1^{re} Civ., 4 avril 1991, *Bull.* 1991, I, n° 123, pourvoi n° 90-04.008.

86. Cf. par exemple : 1^{re} Civ., 24 février 1993, *Bull.* 1993, I, n° 86, pourvoi n° 92-04.045 ; 1^{re} Civ., 13 juin 1995, *Bull.* 1995, I, n° 262, pourvoi n° 93-04.208 ; 2^e Civ., 11 septembre 2003, pourvoi n° 02-04.026 ; 2^e Civ., 24 juin 2004, pourvoi n° 03-04.082.

87. 2^e Civ., 26 juin 2003, *Bull.* 2003, II, n° 214, pourvoi n° 02-04.060 précité.

lui par un créancier⁸⁸. En effet, en ce cas, l'absence de bonne foi est dans la cause depuis la décision d'irrecevabilité, objet du recours.

Fondée sur la présomption légale de bonne foi, la règle selon laquelle le juge ne peut pas relever d'office la mauvaise foi devrait lier l'ensemble des instances chargées d'appliquer la législation sur le surendettement. Cela dit, les choses ne sont pas si simples et le tableau du droit positif est complexe et incertain, le deuxième corollaire de la présomption légale s'effaçant parfois au profit du pouvoir du juge de relever la fin de non-recevoir. En effet, la Cour de cassation a écarté la prohibition de relever d'office la mauvaise foi du débiteur en matière de rétablissement personnel par un important arrêt du 14 décembre 2006 dans lequel elle a considéré que le juge de l'exécution tirait de l'article L. 332-6 du code de la consommation le pouvoir d'apprécier, même d'office, la bonne foi du débiteur avant de se prononcer sur l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel. L'article L. 332-6 du code de la consommation, relatif à la procédure de rétablissement personnel, prévoit expressément en effet que « le juge de l'exécution, dans le délai d'un mois, convoque le débiteur et les créanciers connus à une audience d'ouverture de la procédure de rétablissement personnel. Il peut inviter un travailleur social à assister à cette audience. Le juge, après avoir entendu le débiteur s'il se présente et apprécié le caractère irrémédiablement compromis de sa situation ainsi que sa bonne foi, rend un jugement prononçant l'ouverture de la procédure ». La Cour de cassation en déduit que l'interdiction pour le juge de relever d'office la mauvaise foi du débiteur est écartée par un texte législatif spécifique, qui déroge à la règle générale de prohibition dérivant de la présomption légale de bonne foi⁸⁹.

Au-delà de la lettre du texte, la solution s'explique aussi par le fait que la saisine du juge de l'exécution de l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel dessaisit la commission du dossier. Il appartient alors au juge d'endosser les habits de la commission et de vérifier si les conditions d'application de la loi sont réunies. Cette mission présuppose un rôle actif de sa part, lequel rôle impose à son profit la reconnaissance du pouvoir d'examiner de sa propre initiative si le débiteur est de bonne foi. La présomption légale de bonne foi n'est pas pour autant renversée, car ce n'est pas au débiteur de démontrer qu'il est de bonne foi. Mais si le juge réunit assez d'éléments caractéristiques de la mauvaise foi du débiteur, alors la présomption qui lui bénéficie tombe.

En poussant l'analyse, l'état du droit en vigueur peut, aussi, s'ordonner autour du principe d'interprétation suivant : quand le code de la consommation n'apporte aucune dérogation expresse à l'interdiction attachée à la présomption légale de bonne foi de relever d'office la mauvaise foi du débiteur, le juge, légalement tenu par les effets attachés à la présomption, ne peut s'arroger ce pouvoir. Si la bonne foi du débiteur n'est pas attaquée devant lui, il doit la tenir pour constante, en application de la présomption légale. Si, par dérogation à la présomption légale de bonne foi, la loi confère expressément au juge le pouvoir de relever

88. 2^e Civ., 19 mai 2005, pourvoi n° 04-04.071.

89. 2^e Civ., 14 décembre 2006, *Bull.* 2006, II, n° 355, pourvoi n° 05-04.051 ; *D.* 2007, chron. p. 896, obs. V. Vigneau ; *RTD com.* 2007, p. 245, obs. G. Paisant.

d'office la mauvaise foi du débiteur, le magistrat puise dans une disposition légale spéciale le pouvoir de le faire⁹⁰, ce qui est le cas en matière de rétablissement personnel.

La Cour de cassation déduit aussi de l'exigence légale de bonne foi du débiteur que les juges du fond ne peuvent déclarer irrecevable une demande de traitement du surendettement sans examiner si l'intéressé s'est personnellement rendu coupable de mauvaise foi. En d'autres termes, la sanction de la mauvaise foi est personnelle au débiteur qui s'en rend coupable. L'application de ce principe conduit la Cour de cassation à censurer les décisions qui étendent à un débiteur marié ou en concubinage dont la mauvaise foi n'est pas personnellement établie la fin de non-recevoir tirée de l'absence de bonne foi de son concubin ou de son conjoint. Les arrêts sont particulièrement nets à cet égard⁹¹. Leur enseignement est clair : selon les articles L. 330-1 et L. 331-2 du code de la consommation, le juge de l'exécution doit statuer sur la bonne foi de chaque demandeur à la procédure de surendettement.

La Cour de cassation interprète également les articles L. 330-1 et L. 331-2 du code de la consommation comme imposant au juge de l'exécution, appelé à se prononcer sur la qualité du débiteur à bénéficier des procédures de surendettement, de se décider au vu de l'ensemble des éléments qui lui sont soumis le jour où il statue⁹². De cette interprétation, la Cour déduit que le juge ne peut déclarer irrecevable la demande d'ouverture d'une procédure de surendettement au motif que cette demande se heurte à l'autorité de chose jugée s'attachant à une précédente décision d'irrecevabilité prise en sanction de la mauvaise foi du débiteur, sans tenir compte des éléments nouveaux invoqués par l'intéressé en faveur de sa bonne foi⁹³. Un débiteur qui aurait été déclaré irrecevable à bénéficier des procédures de désendettement en raison de sa mauvaise foi peut ainsi, s'il démontre l'existence d'éléments nouveaux de nature à conduire à une analyse différente de sa situation, être considéré de bonne foi et voir sa demande suivante déclarée recevable⁹⁴. En somme, selon cette interprétation, un débiteur de mauvaise foi peut devenir de bonne foi. Sa situation n'est jamais figée.

La solution adoptée peut paraître, de prime abord, comme se heurtant à l'autorité de la chose jugée mais, en réalité, elle se concilie avec elle. En effet, elle repose sur l'idée que la bonne foi du débiteur est une notion évolutive. Cette proposition mérite néanmoins quelques explications. L'obstacle juridique d'ordre général à l'examen par un juge d'une nouvelle demande présentée par un justiciable réside dans le fait qu'un jugement a déjà été rendu au sujet de cette demande. L'autorité de la chose jugée interdit un nouveau procès au regard

90. Sur cette question, cf. G.-X. Bourin, « La présomption de bonne foi en matière de surendettement, argumentaire en faveur d'un revirement de jurisprudence », *Dr. et proc.* 2007, p. 184.

91. 1^{re} Civ., 27 février 1997, pourvoi n° 96-04.028, *Contrats, conc., consom.* 1997, comm. 89, obs. Raymond, rendu au sujet de concubins ; 1^{re} Civ., 14 mars 2000, *Bull.* 2000, I, n° 95, pourvoi n° 98-04.171 – *RTD com.* 2000, p. 470, obs. Paisant ; 2^e Civ., 7 juin 2007, pourvoi n° 06-15.732, rendus au sujet d'un couple marié.

92. 1^{re} Civ., 31 mars 1992, *Bull.* 1992, I, n° 109, pourvoi n° 91-04.043 ; 2^e Civ., 6 mai 2004, *Bull.* 2004, II, n° 223, pourvoi n° 03-04.073 ; *Les Annonces de la Seine* 2004, n° 38, supplément p. 3, obs. L. Deljehier.

93. Cf. notamment 1^{re} Civ., 5 janvier 2000, *Bull.* 2000, I, n° 2, pourvoi n° 98-04.177.

94. 2^e Civ., 10 février 2005, *Bull.* 2005, II, n° 30, pourvoi n° 03-17.068 – *Contrats, conc., consom.* 2005, comm. 121, note G. Raymond ; 2^e Civ., 15 septembre 2005, *Bull.* 2005, II, n° 221, pourvoi n° 04-04.104 – *RTD com.* 2005, p. 854, obs. G. Paisant ; 2^e Civ., 28 février 2006, pourvoi n° 04-04.144.

de ce qui a été jugé. La fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée ne peut donc être opposée quand des événements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice, parce que la cause de la nouvelle demande diffère de la première. La solution n'égratigne pas l'autorité de la chose jugée dès lors qu'il apparaît qu'elle repose sur une interprétation de la bonne foi concevant cette notion comme une notion dynamique et évolutive. Alors, parce que la bonne foi du débiteur évolue, le juge peut être amené à la réexaminer à chaque évolution sans contredire une décision précédemment rendue⁹⁵.

Or, il est clair que suivant l'interprétation de la Cour de cassation, la bonne foi du débiteur est conçue comme une notion évolutive. Admettre qu'un débiteur dont la demande a été jugée irrecevable pour cause de mauvaise foi puisse, en raison de sa bonne foi ultérieure établie par des faits nouveaux depuis la précédente demande, être éligible à une procédure de surendettement, revient en effet à considérer qu'une bonne foi ultérieure peut dissiper, ou racheter sa mauvaise foi antérieure. Bref, bonne foi sur mauvaise foi vaut. C'est en cela que réside l'apport pratique de la jurisprudence de la Cour de cassation ; elle admet, si l'on ose dire, une bonne foi rédemptrice. Elle refuse que la mauvaise foi du débiteur soit une fois pour toutes cristallisée et fait d'elle une notion éminemment évolutive⁹⁶.

Enfin, suivant une jurisprudence constante, la mauvaise foi du débiteur doit être en rapport direct avec la situation de surendettement. La fin de non-recevoir a pour but d'évincer le débiteur qui, par son comportement, entend frustrer ses créanciers. Ne peuvent donc être pris en considération que des comportements du débiteur ayant effectivement et directement conduit à une situation de surendettement, celui-ci ne devant pas être sanctionné pour des faits étrangers à son surendettement.

De l'exigence d'un rapport direct entre la mauvaise foi du débiteur et son surendettement, la Cour de cassation a déduit qu'une faute, même intentionnelle, n'a qu'un lien de causalité indirect avec l'augmentation du passif et ne doit donc pas être prise en considération. Ainsi, la faute intentionnelle d'un salarié ayant entraîné son licenciement, lequel était à l'origine de difficultés financières, ayant d'abord conduit l'intéressé à emprunter puis à ne plus pouvoir faire face aux remboursements, est sans rapport avec la situation de surendettement et ne caractérise donc pas sa mauvaise foi au sens du droit du surendettement⁹⁷.

On notera qu'usant pleinement de son pouvoir de contrôle, la Cour de cassation, sans pour autant remettre en cause la souveraineté du pouvoir de qualification des faits des juges du fond, veille à la cohérence interne de leur motivation. Aussi s'assure-t-elle que les faits

95. Pour un approfondissement du problème, cf. G.-X. Bourin, « Quelques aspects du contrôle par la Cour régulatrice de la fin de non-recevoir tirée de l'absence de bonne foi dans le surendettement des particuliers », *Dr. et proc.* 2006, p. 5.

96. F. Verdun, « Surendettement : nouveau dispositif légal et actualité jurisprudentielle », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2001, p. 317 ; 1^{re} Civ., 1^{er} juin 1999, pourvoi n° 98-04.013, *Procédures* 2000, n° 276, obs. Croze ; 1^{re} Civ., 10 décembre 1996, *Bull.* 1996, I, n° 447, pourvoi n° 95-04.142 ; 2^e Civ., 23 juin 2005, *Bull.* 2005, II, n° 173, pourvoi n° 03-04.072 – *D.* 2005, p. 2217, obs. C. Rondey – *RTD Com.* 2005, p. 612, obs. G. Paisant ; 2^e Civ., 15 septembre 2005, *Bull.* 2005, II, n° 221, pourvoi n° 04-04.104 – *RTD Com.* 2005, p. 854 obs. G. Paisant ; 2^e Civ., 7 juin 2007, pourvoi n° 06-15.732.

97. 1^{re} Civ., 31 mars 1992, *Bull.* 1992, I, n° 106, pourvoi n° 90-04.065.

retenus par les juges pour refuser le bénéfice de la procédure soient de nature à caractériser la mauvaise foi. On peut ainsi citer la cassation de décisions d'irrecevabilité fondées sur l'omission du débiteur de déclarer des créances lors d'une précédente demande de règlement du surendettement⁹⁸, sur une condamnation pénale sans rapport avec le passif non professionnel du débiteur⁹⁹ ou sur sa négligence dans la formulation de sa demande de traitement de surendettement¹⁰⁰.

2. CONDITIONS RELATIVES À LA SITUATION PATRIMONIALE DU DÉBITEUR

L'article L. 330-1 du code de la consommation définit la situation de surendettement ouvrant droit au bénéfice de la procédure de traitement comme l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir¹⁰¹.

C'est à la commission de surendettement des particuliers de dresser, sous le contrôle du juge de l'exécution, l'état d'endettement du débiteur et d'examiner si, au sens de l'article L. 330-1, ce dernier est surendetté. À cet effet, l'article L. 331-3 du code de la consommation, énonce, dans son troisième alinéa, que le débiteur est tenu de lui déclarer les éléments actif et passif de son patrimoine. Cet alinéa, conjugué avec le premier alinéa du même texte aux termes duquel « la procédure est engagée devant la commission à la demande du débiteur » et avec les principes généraux relatifs à la preuve consignés dans les articles 6 et 9 du code de procédure civile, et 1315 du code civil, règle la question de la charge probatoire de l'état de surendettement. Il incombe au débiteur de démontrer qu'il est dans une situation de surendettement¹⁰².

Pour déterminer si l'intéressé est surendetté, la commission, et éventuellement le juge, vont devoir, après les avoir recensés, comparer l'actif du débiteur et son passif extraprofessionnel.

98. 2^e Civ., 23 juin 2005, *Bull.* 2005, II, n° 173, pourvoi n° 03-04.072.

99. 2^e Civ., 8 juillet 2004, *Bull.* 2004, II, n° 385, pourvoi n° 03-04.125.

100. 2^e Civ., 20 octobre 2005, *Bull.* 2005, II, n° 270, pourvoi n° 04-04.139 – *D.* 2005, act. jurispr. p. 2940, obs. V. Avena-Robardet – *D.* 2006, jurispr. p. 870, note G. Henaff – *RTD com.* 2006, 488, obs. G. Paisant; adde 2^e Civ., 7 juin 2007, pourvoi n° 06-14.962; 2^e Civ., 24 janvier 2008, *Bull.* 2008, II, n° 23, pourvois n° 06-19.959 et 06-20.538 – *Contrats, conc., consom.* 2008, comm. 122, obs. Raymond.

101. La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie y a ajouté l'impossibilité manifeste de faire à l'engagement donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société, le débiteur fût-il lui-même dirigeant de droit ou de fait de la personne morale.

102. 1^{re} Civ., 2 juillet 1996, pourvoi n° 94-04.176; 1^{re} Civ., 7 novembre 2001, *Bull.* 2001, I, n° 272, pourvoi n° 00-04.237; 1^{re} Civ., 18 décembre 2001, pourvoi n° 01-04.018; 2^e Civ., 10 mars 2005, *Bull.* 2005, II, n° 67, pourvoi n° 03-04.196; *Gaz. Pal.* 26/27 juillet 2006, jurispr. p. 18, note S. Ledan; 2^e Civ., 11 mai 2006, pourvoi n° 05-04.046.

2.1. Inventaire de l'actif

Dans l'un des tout premiers arrêts qui ont fixé l'interprétation de la loi, la Cour de cassation a usé d'une formule particulièrement large pour définir l'actif du patrimoine pris en considération pour apprécier la situation de surendettement du débiteur. Elle a énoncé le 18 février 1992 que la situation de surendettement s'apprécie « au regard de l'ensemble des ressources du débiteur, quelle qu'en soit l'origine et sans qu'il y ait lieu de s'attacher à leur caractère imposable ». Il n'est donc pas opportun de limiter l'examen de la situation de surendettement au regard des seules ressources imposables¹⁰³, qu'elles soient incessibles, insaisissables ou indisponibles¹⁰⁴.

Il convient, au contraire, de s'assurer que l'ensemble des éléments du patrimoine du demandeur ne lui permet pas d'assurer le paiement de ses dettes, revenus comme capital. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation veille à ce que les juridictions de l'exécution ne statuent sur la situation de surendettement d'un débiteur qu'après avoir recherché si, en sus de ses revenus, la cession de ses biens ne lui permettrait pas de faire face à son passif. Elle censure systématiquement pour défaut de base légale, au regard de l'article L. 330-1 du code de la consommation, les juridictions qui ne procèdent pas à cette recherche et concluent au surendettement sur la base des seuls revenus du demandeur¹⁰⁵. En particulier, si le débiteur possède un ou plusieurs immeubles, la commission, ou le juge, doit vérifier « si la valeur de l'immeuble [...] n'[est] pas telle que celui-ci peut, au besoin en l'aliénant, faire face à l'ensemble de ses dettes exigibles et à échoir¹⁰⁶ ».

Affirmée tout d'abord sans distinction selon que l'immeuble servait ou non au logement du débiteur, la règle reçut rapidement un correctif pour tenir compte de cette dimension spécifique et éviter qu'elle n'aboutisse finalement à contribuer à la désocialisation du débiteur. Quand le bien immobilier dont il s'agit constitue le logement du débiteur, la Cour de cassation ne se borne désormais plus à imposer aux juges du fond d'apprécier la situation de surendettement après avoir recherché si, compte tenu de la valeur vénale du bien, l'intéressé serait surendetté s'il l'aliénait. Dans cette hypothèse spéciale, elle leur fait un devoir d'intégrer dans leur appréciation les dépenses qu'engendreraient pour l'intéressé les frais de relogement induits par la privation de son habitation¹⁰⁷. Pour apprécier la situation de surendettement du débiteur, les juges du fond doivent donc, d'un côté, inscrire la valeur vénale de son habitation au titre de ses actifs patrimoniaux et, d'un autre côté, inscrire au passif de son patrimoine les dépenses qui résulteraient de la vente par l'intéressé de son logement et des frais exposés pour se reloger. Ce n'est qu'une fois cette double opération faite qu'ils peuvent

103. 1^{re} Civ., 18 février 1992, *Bull.* 1992, I, n° 57, pourvoi n° 91-04.008.

104. 1^{re} Civ., 12 février 2002, *Bull.* 2002, I, n° 57, pourvoi n° 01-04.038; 2^e Civ., 6 mai 2004, *Bull.* 2004, II, n° 221, pourvoi n° 03-04.027; 2^e Civ., 8 juillet 2004, *Bull.* 2004, II, n° 383, pourvoi n° 03-04.115.

105. 1^{re} Civ., 31 mars 1992, *Bull.* 1992, I, n° 109, pourvoi n° 91-04.043; 26 mars 1996, *Bull.* 1996, I, n° 158, pourvoi n° 94-04.089; 1^{er} décembre 1998, *Bull.* 1998, I, n° 342, pourvoi n° 97-04.054; 22 mai 2001, *Bull.* 2001, I, n° 148, pourvoi n° 00-04.134; 2^e Civ., 27 mai 2004, *Bull.* 2004, II, n° 256, pourvoi n° 03-04.066.

106. 1^{re} Civ., 31 mars 1992, *Bull.* 1992, I, n° 109, pourvoi n° 91-04.043, précité.

107. 1^{re} Civ., 22 mai 2001, *Bull.* 2001, I, n° 148, pourvoi n° 00-04.134; 2^e Civ., 10 mars 2005, *Bull.* 2005, II, n° 67, pourvoi n° 03-04.196 – *Gaz. Pal.* 26/27 juill. 2006, jurispr. p. 18, note S. Ledan et déjà, 1^{re} Civ., 2 juillet 1996, pourvoi n° 94-04.176.

porter une appréciation sur la situation patrimoniale du débiteur et déterminer ainsi, si, oui ou non, son actif patrimonial est manifestement insuffisant pour apurer son passif. En somme, pour apprécier le surendettement, les juges ne doivent pas s'arrêter à la valeur vénale du bien mais se doivent de tenir compte également des dépenses de logement qu'engendrerait sa vente éventuelle. Autrement dit, le fait d'être propriétaire de son logement n'est pas, en soi, une cause d'exclusion de la procédure de surendettement, si la valeur de celui-ci, diminuée du coût des mesures nécessaires au logement de la famille, ne permet pas d'apurer le passif.

Selon la valeur de la résidence principale, l'ampleur du surendettement, la taille de la famille, etc., l'aliénation du bien pourrait n'entraîner aucune réduction notable de l'endettement voire même l'aggraver. Les dépenses d'hébergement représentent en effet souvent une part considérable des revenus d'un ménage ; elles absorbent fréquemment l'essentiel des ressources des particuliers qui ne sont pas propriétaires de leur logement. Faire abstraction des charges de logement dans l'appréciation de la situation du surendettement du débiteur eût été dans bien des cas de nature à priver un ménage de son logement tout en le condamnant à terme à un surendettement inéluctable. La solution consacrée par la Cour de cassation, en obligeant les juges du fond à tenir compte des dépenses inhérentes au logement du débiteur, évite ce danger et correspond à l'objectif de la législation du surendettement d'empêcher l'exclusion des débiteurs et au droit fondamental au logement affirmé par l'article premier de la loi n° 89-462 du 7 juillet 1989.

2.2. Dettes prises en considération

Le passif à prendre en considération comprend les dettes échues et demeurées impayées, dont le créancier réclame le paiement. Il recouvre également les obligations dont le terme n'est pas arrivé à échéance et dont, par définition, le créancier n'est pas encore en droit de réclamer le paiement. Autrement dit, le débiteur bénéficiera de l'application des procédures de désendettement s'il est évident qu'il ne pourra pas acquitter ses dettes à leur échéance¹⁰⁸. Le législateur a voulu permettre la mise en œuvre des mesures d'allègement de son passif avant même que le débiteur soit en cessation de paiement. Il vaut mieux en effet prévenir que guérir.

Les charges de la vie courante, dépenses alimentaires, vêtements, frais d'entretien et d'éducation des enfants, couchage, chauffage, etc., budgétairement planifiables et inévitables font également partie des dettes à échoir¹⁰⁹.

L'article L. 330-1 du code de la consommation réserve le bénéfice des procédures prévues par le code de la consommation aux débiteurs placés dans une situation de surendettement caractérisée par leurs seules dettes non professionnelles¹¹⁰.

108. 1^{re} Civ., 13 janvier 1993, *Bull.* 1993, I, n° 18, pourvoi n° 91-04.136.

109. 1^{re} Civ., 13 janvier 1993, *Bull.* 1993, I, n° 18, pourvoi n° 91-04.136.

110. Il faut toutefois préciser que, dans un objectif de protection des chefs d'entreprise, la loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie du 4 août 2008 décide de faire bénéficier de la législation sur le désendettement les débiteurs qui, ayant cautionné une société ou s'étant obligés solidairement avec elle, se trouvent appelés à payer la dette à la suite de la défaillance de la personne morale.

Cette rédaction ambiguë aurait pu conduire à exclure du bénéfice de la procédure de désendettement tout débiteur ayant, à son passif, des dettes professionnelles alors même qu'il ne relèverait pas, par ailleurs, des autres procédures de règlement collectif des dettes.

Pour parer à ce risque, la Cour de cassation s'est livrée à une interprétation qualifiée parfois d'audacieuse du texte.

Elle a tout d'abord considéré que l'existence de dettes professionnelles n'excluait pas en soi nécessairement le débiteur de bonne foi du bénéfice de la procédure. Si les dettes professionnelles ne doivent pas être prises en considération pour apprécier la situation de surendettement du débiteur¹¹¹, elles peuvent néanmoins faire l'objet des mesures de redressement¹¹², même s'il s'agit de dettes fiscales ou envers des organismes de sécurité sociale¹¹³. Autrement dit, en cas de coexistence entre des dettes professionnelles et des dettes non professionnelles, ce sont exclusivement les dettes non professionnelles qui doivent être prises en considération pour déterminer la recevabilité de la demande¹¹⁴. Ainsi, un débiteur qui doit faire face à des dettes professionnelles peut être en situation de surendettement s'il se trouve aussi dans l'incapacité de faire face aux dettes non professionnelles qu'il a par ailleurs.

Interprétant cette fois-ci le texte de façon stricte, la Cour de cassation a jugé qu'à défaut de disposition contraire, si les dettes professionnelles ne doivent pas être prises en considération pour apprécier la situation de surendettement du débiteur, elles peuvent néanmoins faire l'objet de mesures de redressement¹¹⁵. Ainsi, une fois la procédure de traitement du surendettement ouverte, il n'y a plus lieu de distinguer entre les deux catégories de dettes. Qu'elles soient professionnelles ou non, elles doivent toutes être incluses dans le passif susceptible d'être réaménagé. Une solution inverse aurait rendu ineffective la protection apportée par la loi sur le surendettement puisqu'elle aurait eu pour effet d'autoriser les créanciers professionnels à poursuivre le recouvrement de leurs créances sur l'ensemble de l'actif du

111. 1^{re} Civ., 16 juin 1993, *Bull.* 1993, I, n° 221, pourvoi n° 92-04.113; 1^{re} Civ., 7 novembre 2000, *Bull.* 2000, I, n° 285, pourvoi n° 99-04.058; 2^e Civ., 29 janvier 2004, *Bull.* 2004, II, n° 36, pourvoi n° 02-04.095.

112. 1^{re} Civ., 2 décembre 1992, *Bull.* 1992, I, n° 302, pourvoi n° 91-04.158; 1^{re} Civ., 2 octobre 2002, *Bull.* 2002, I, n° 232, pourvoi n° 01-04.140.

113. 1^{re} Civ., 2 octobre 2002, *Bull.* 2002, I, n° 232, pourvoi n° 01-04.140; 2^e Civ., 23 octobre 2003, *Bull.* 2003, II, n° 327, pourvoi n° 02-04.113.

114. 1^{re} Civ., 18 février 1992, *Bull.* 1992, I, n° 56, pourvoi n° 90-04.057, *D.* 1992, p. 317, note G. Paisant; 1^{re} Civ., 2 décembre 1992, *Bull.* 1992, I, n° 302, pourvoi n° 91-04.158 – *RTD com.* 1993, 173, obs. G. Paisant; 1^{re} Civ., 16 juin 1993, *Bull.* 1993, I, n° 221, pourvoi n° 92-04.113; 1^{re} Civ., 7 novembre 2000, *Bull.* 2000, I, n° 285, pourvoi n° 99-04.058; 2^e Civ., 29 janvier 2004, *Bull.* 2004, II, n° 36, pourvoi n° 02-04.095 – *Contrats, conc., consom.* 2005, n° 4, chron. n° 1, p. 12, obs. Gjidara; *Les Annonces de la Seine* n° 38, suppl. p. 7, obs. Liverato; 2^e Civ., 8 juillet 2004, *Bull.* 2004, II, n° 385, pourvoi n° 03-04.125; 2^e Civ., 6 janvier 2005, pourvoi n° 03-04.160.

115. 1^{re} Civ., 2 décembre 1992, *Bull.* 1992, I, n° 302, pourvoi n° 91-04.158 – *RTD com.* 1993, p. 173, obs. G. Paisant; 2 octobre 2002, *Bull.* 2002, I, n° 232, pourvoi n° 01-04.140, même s'il s'agit de dettes fiscales ou envers des organismes de sécurité sociale (1^{re} Civ., 2 octobre 2002, *Bull.* 2002, I, n° 232, pourvoi n° 01-04.140; 2^e Civ., 23 octobre 2003, *Bull.* 2003, II, n° 327, pourvoi n° 02-04.113; 2^e Civ., 21 décembre 2006, *Bull.* 2006, II, n° 374, pourvoi n° 05-20.980 – *JCP* 2007, II, 10036, note Marmoz – *RTD com.* 2007, p. 615, obs. G. Paisant; 2^e Civ., 15 novembre 2007, pourvoi n° 05-15.094, *Revue de droit bancaire et financier* n° 2, mars 2008, comm. 50, obs. S. Piedelièvre.

débiteur en dépit de l'élaboration d'un plan de redressement. Autrement dit, exclure les créances professionnelles des procédures de traitement reviendrait à instituer une sorte de privilège en leur faveur. Ces créanciers profiteraient du rééchelonnement ou de la diminution des dettes imposées aux créanciers personnels. La sauvegarde de l'efficacité du dispositif du traitement du surendettement supposait donc de cantonner la séparation du passif au stade de l'ouverture du surendettement et de rassembler dans la même procédure l'ensemble des créanciers des surendettés. (Il convient de préciser que cette règle ne peut être transposée en matière de rétablissement personnel en raison d'une disposition expresse de la loi, l'article L. 332-9 du code de la consommation qui en limite les effets aux seules dettes non professionnelles.)

Cela observé, la totalité du passif non professionnel entre en ligne de compte au stade de l'appréciation des conditions de recevabilité. Sur ce point, la jurisprudence de la Cour de cassation est constante et ne souffre aucune exception. Par conséquent doivent aussi être prises en compte des dettes que la loi interdit (article L. 333-1 du code de la consommation) de réaménager ou d'effacer, par égard à la situation particulière du créancier (amendes pénales, dettes d'aliments, obligations d'indemnisation de la victime nées d'une infraction pénale). La procédure de désendettement est ouverte si le débiteur se trouve en situation de surendettement au regard de ses obligations non professionnelles, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'elles peuvent ou non faire l'objet de remise, de rééchelonnement ou d'effacement¹¹⁶.

Cette précision apportée, la loi ne définit pas la dette non professionnelle. Elle abandonne à la jurisprudence le soin d'en délimiter le contenu. À cette fin, la Cour de cassation s'est attachée à dégager les critères permettant de qualifier une dette de professionnelle, ce qui lui a permis *a contrario* de délimiter les dettes non professionnelles. Jusqu'à une décision du 8 avril 2004, la jurisprudence de la Cour de cassation donnait des dettes professionnelles la définition invariable suivante : « Les dettes professionnelles sont celles nées pour les besoins ou à l'occasion de l'activité professionnelle du débiteur¹¹⁷. » Le 8 avril 2004, la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence. Elle a resserré la notion de dette professionnelle et, par contrecoup, élargi celle de dettes non professionnelles et donc le champ d'application de l'article L. 330-1. Elle a adopté la définition suivante : « Les dettes professionnelles sont celles nées pour les besoins ou au titre d'une activité professionnelle¹¹⁸. » La première partie de la définition jurisprudentielle de la dette professionnelle n'a pas changé. Constituent des dettes professionnelles celles nées pour les besoins d'une activité professionnelle. En

116. 1^{re} Civ., 18 février 1992, *Bull.* 1992, I, n° 56, pourvoi n° 90-04.057 – *D.* 1992, p. 317, note G. Paisant ; 20 octobre 1998, *Bull.* 1998, I, n° 309, pourvoi n° 96-04.210 – *Contrats, conc., consom.* 1999, n° 89, obs. Raymond ; 2^e Civ., 15 janvier 2004, *Bull.* 2004, II, n° 10, pourvoi n° 02-04.225 – *Contrats, conc., consom.* 2005, n° 4, chron n° 1, p. 12, obs. Gjidara ; 2^e Civ., 22 mars 2006, *Bull.* 2006, II, n° 88, pourvoi n° 04-04.124 – *D.* 2006, AJ, p. 1368, obs. C. Rondey – *RTD com.* 2006, p. 678, obs. G. Paisant.

117. 1^{re} Civ., 31 mars 1992, 3 arrêts, *Bull.* 1992, I, n° 107, pourvois n° 91-04.011, 91-04.028 et 91-04.032.

118. 2^e Civ., 8 avril 2004, *Bull.* 2004, II, n° 190, pourvoi n° 03-04.013 – *D.* 2004, p. 1383, obs. C. Rondey – *RDC* 2004, p. 953, obs. M. Bruschi – *RTD com.* 2004, p. 820, obs. G. Paisant – *Les Annonces de la Seine*, 26 mai 2005, n° 35, p. 11, note Allo – *Contrats, conc., consom.* 2005, n° 4, chron. n° 1, p. 12, obs. Gjidara.

revanche, la seconde partie de la définition a fait l'objet d'une modification. Ne sont plus des dettes professionnelles les dettes nées à l'occasion de l'activité professionnelle, mais exclusivement les dettes nées au titre d'une activité professionnelle.

De cette formulation, deux conséquences peuvent être tirées. Premièrement, le caractère professionnel de l'endettement s'apprécie subjectivement par rapport à la profession du débiteur et non par rapport à la nature de la dette¹¹⁹. C'est en application de ce critère que, dans l'hypothèse de deux codébiteurs solidaires, l'un qui s'engage pour les besoins de son activité économique et l'autre qui s'oblige pour les besoins de l'activité de ce dernier, la dette du premier doit être considérée comme une dette professionnelle et celle du second comme non professionnelle¹²⁰. La Cour de cassation a ainsi jugé que les qualités de coemprunteur et de conjoint collaborateur ne peuvent, à elles seules, conférer le caractère professionnel aux dettes contractées par eux avec l'exploitant pour l'acquisition du fonds de commerce¹²¹. De même, par application du critère de délimitation des dettes professionnelles et non professionnelles, la dette née du cautionnement des engagements d'une société commerciale revêt un caractère professionnel lorsque le cautionnement est consenti par son dirigeant¹²² mais conserve un caractère personnel lorsque le cautionnement est donné par l'épouse du dirigeant et que celle-ci ne travaille pas dans l'entreprise.

Deuxièmement, si le critère de qualification d'une dette professionnelle est toujours son rattachement à la profession du débiteur, la jurisprudence est plus rigoureuse quant au lien qui doit exister entre l'activité professionnelle du débiteur et la dette. Sont aujourd'hui, comme naguère, des dettes professionnelles celles nées pour les besoins d'une activité professionnelle. Le sont également celles nées au titre d'une activité professionnelle, cette formule étant englobée sous l'ancienne formulation relative aux dettes nées à l'occasion de l'activité professionnelle. En revanche ne sont plus des dettes professionnelles les dettes nées à l'occasion de l'activité professionnelle mais sans que cette activité en soit à l'origine.

Il s'ensuit qu'une dette née de la responsabilité civile d'un salarié à l'égard de son employeur est dorénavant une dette non professionnelle : elle n'est née ni au titre du contrat de travail, ni pour ses besoins, mais à son occasion. L'arrêt du 8 avril 2004 en décide justement ainsi. Sous l'empire de la jurisprudence antérieure, la dette du salarié, apparue à l'occasion de son contrat de travail, eût été qualifiée de dette professionnelle.

Concernant les dettes résultant d'un engagement de caution, la loi du 1^{er} août 2003 avait ajouté au libellé de l'article L. 330-1 du code de la consommation que la situation de

119. X. Savatier, « Les procédures de règlement des situations de surendettement à l'épreuve de la Cour de cassation », *Rapport annuel de la Cour de cassation* 1992, p. 153 ; F. Verdun, « Surendettement : nouveau dispositif et actualité jurisprudentielle », *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2001, p. 317.

120. 1^{re} Civ., 10 juillet 2002, *Bull.* 2002, I, n° 196, pourvoi n° 01-04.136 – *Contrats, conc., consom.* 2002, comm. p. 180, obs. Raymond – *D.* 2003, act. jurispr. p. 2603, note Avena-Robardet.

121. 2^e Civ., 27 mai 2004, *Bull.* 2004, II, n° 255, pourvoi n° 03-04.064 ; *Les Annonces de la Seine* n° 38, supplément p. 8, obs. M. Ainsler.

122. 1^{re} Civ., 7 novembre 2000, *Bull.* 2000, I, n° 285, pourvoi n° 99-04.058. Il convient de noter que, depuis la modification apportée par la loi du 4 août 2008, le dirigeant qui a cautionné son entreprise peut désormais bénéficier de la procédure de traitement du surendettement.

surendettement peut également être caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face : « à l'engagement qu'il a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société dès lors qu'il n'a pas été, en droit ou en fait, dirigeant de celle-ci ». Ce faisant, le législateur consacrait, en substance, la jurisprudence antérieure à la loi du 1^{er} août 2003. Celle-ci regardait comme professionnelles les dettes des dirigeants qui s'étaient portés cautions de leurs sociétés¹²³ et écartait donc ces dettes du passif à prendre en compte pour examiner si le dirigeant qui était appelé à payer en lieu et place de sa société défaillante pouvait bénéficier de la législation sur le surendettement. Elle regardait également comme une dette professionnelle le découvert bancaire contracté par l'associé non gérant d'une société à responsabilité limitée et destiné explicitement à financer l'activité déficitaire du fonds de commerce exploité par cette société¹²⁴. Cette solution ne devrait pas changer sur ce point. En revanche, la jurisprudence qualifiait de dette non professionnelle la dette née de l'engagement de caution d'un prêt consenti par le frère d'un commerçant pour l'acquisition d'un fonds de commerce¹²⁵. Elle statuait dans le même sens s'agissant de la caution donnée par l'épouse au profit de son conjoint lui-même commerçant¹²⁶. Dans ces deux cas, les cautions appelées en paiement, étaient de ce fait recevables à se prévaloir de leurs engagements au titre de leur passif pris en compte pour bénéficier de la procédure de traitement du surendettement. Autrement dit, l'obligation du salarié, de l'associé, *a fortiori* du conjoint ou du membre de la famille du dirigeant de s'acquitter de son engagement de caution en raison de la défaillance de la société garantie ne pouvait être qualifiée de dette professionnelle, dès lors qu'il n'était pas positivement démontré que la caution était également le dirigeant de fait ou de droit de la société cautionnée¹²⁷.

Dans un objectif de protection des dirigeants sociaux et de promotion consécutive de la création d'entreprise, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 permet à tous les débiteurs qui se trouvent plongés dans le surendettement à la suite de la défaillance de la société ou de l'entrepreneur individuel au profit desquels ils ont souscrit un cautionnement ou se sont obligés solidairement de bénéficier de la législation sur le désendettement. À cette fin, elle modifie l'alinéa premier de l'article L. 330-1 du code de la consommation en affirmant : « L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement. »

2.3. La détermination de l'état de surendettement

Pour bénéficier de la procédure, le débiteur doit être dans l'impossibilité manifeste de faire face à ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. C'est une notion comptable,

123. 1^{re} Civ., 13 mars 2001, *Bull.* 2001, I, n° 74, pourvoi n° 00-04.053.

124. 2^e Civ., 3 novembre 2005, pourvoi n° 04-04.115.

125. 1^{re} Civ., 31 mars 1992, 3 arrêts, *Bull.* 1992, I, n° 107, pourvois n° 91-04.011, 91-04.028 et 91-04.032.

126. 1^{re} Civ., 27 octobre 1992, pourvoi n° 91-04.107.

127. 2^e Civ., 6 avril 2006, pourvoi n° 04-04.193 – *RTD com.* 2006, p. 677, obs. G. Paisant.

objectivement déterminable, dont l'appréciation relève du pouvoir souverain du juge du fond¹²⁸, tout comme celui-ci apprécie souverainement la capacité contributive de l'actif du débiteur à l'apurement de ses dettes¹²⁹.

Ainsi que nous l'avons fait observer plus haut, puisque les dettes à échoir entrent en ligne de compte pour caractériser le surendettement, les ressources actuelles mais aussi les ressources futures de nature à faire face aux échéances des dettes doivent être également prises en considération. C'est même là l'originalité du concept de surendettement par rapport aux notions voisines : le surendettement est une notion dynamique. Ainsi comprise, la situation de surendettement peut être caractérisée avant la survenance de la cessation durable des paiements par le débiteur, pour autant que la commission soit saisie assez tôt par le débiteur. Mais dès lors que seules des dettes ou des ressources futures entrent dans le champ de l'appréciation de l'état de surendettement, il n'est pas possible pour la commission ou le juge de tenir compte d'un retour hypothétique à l'emploi d'un débiteur au chômage si celui-ci est incertain. Plus largement, il ne lui est pas possible de se fonder sur un enrichissement éventuel, ni même probable. Du moins, il est indubitable que la commission, ou le juge, ne doit pas se livrer à un travail divinatoire sur les chances du débiteur d'améliorer dans l'avenir sa situation. La Cour de cassation l'a jugé dans les premières années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989. Elle a regardé comme se fondant sur un motif hypothétique, impropre en conséquence à justifier une décision judiciaire, l'arrêt d'une cour d'appel qui s'appuyait sur le caractère transitoire de la situation de chômage du demandeur et la faculté, pour lui, de demander au juge des délais de paiement¹³⁰. Le retour à l'emploi comme l'octroi de délai de grâce relevaient de la conjecture.

Il convient enfin d'ajouter que la Cour de cassation admet la possibilité, pour un débiteur qui a déjà bénéficié d'un plan de règlement de ses dettes, de demander l'ouverture d'une nouvelle procédure dans deux séries de situation.

La première concerne les débiteurs qui établissent que, par suite d'un fait nouveau, ils ne sont plus en mesure de respecter les conditions du plan¹³¹.

Cette autre application de la théorie des faits nouveaux répond au souci de réalisme de la Cour de cassation qui veille à ce que les mesures de redressement, dont elle a affirmé à plusieurs reprises le caractère provisoire, demeurent adaptées à la situation du débiteur.

La seconde hypothèse intéresse les débiteurs ayant bénéficié d'un plan conventionnel prévoyant des remboursements dont le montant dépassait la quotité saisissable de leurs ressources.

Le but de la procédure de traitement du surendettement des particuliers est l'élaboration d'un plan permettant au débiteur de régler son passif tout en faisant face à ses dépenses

128. 1^{re} Civ., 22 octobre 1991, *Bull.* 1991, I, n° 278, pourvoi n° 90-04.003.

129. 1^{re} Civ., 22 mai 2001, *Bull.* 2001, I, n° 148, pourvoi n° 00-04.134.

130. 1^{re} Civ., 31 mars 1992, *Bull.* 1992, I, n° 107, arrêt n° 3, pourvoi n° 91-04.032.

131. 1^{re} Civ., 2 juin 1993, *Bull.* 1993, I, n° 200, pourvoi n° 92-04.090; 1^{re} Civ., 7 mars 1995, *Bull.* 1995, I, n° 118, pourvoi n° 94-04.030.

courantes les plus vitales. À cet effet, depuis la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, l'article L. 331-2 du code de la consommation limite la part des ressources du débiteur affectées par le plan au remboursement des dettes à la quotité saisissable du salaire de manière qu'il conserve un minimum de ressources pour satisfaire à ses besoins personnels essentiels.

Ainsi, le montant des remboursements ne peut excéder la somme résultant de l'application d'un coefficient déterminé selon le barème de saisie des rémunérations fixé par l'article R. 145-2 du code du travail à l'ensemble des ressources du débiteur. La somme résultant de ce calcul est en outre plafonnée à la différence entre le montant des ressources mensuelles réelles de l'intéressé et le montant du revenu minimum d'insertion, majoré de 50 % dans le cas d'un ménage (article R. 331-10-2), ce qui revient à laisser au débiteur l'équivalent au moins du RMI pour ses besoins personnels.

Cette fraction intangible de ressources indispensables à une vie décente s'impose à la commission et au juge quand ils aménagent les dettes. Ils ne peuvent prescrire des remboursements qui ponctionneraient ces ressources vitales. De ce caractère obligatoire, la Cour de cassation déduit qu'est encore recevable à former une nouvelle demande le débiteur ayant bénéficié d'un plan conventionnel qui prévoyait des remboursements dont le montant dépassait la quotité saisissable et, dès lors, ne répondait pas aux exigences de l'article L. 331-2, alinéa 2, du code de la consommation, quand bien même il ne justifierait pas d'un élément nouveau¹³².

2.4. La situation irrémédiablement compromise

Le dispositif du traitement des situations de surendettement a été complété par la loi du 1^{er} août 2003 qui a introduit une nouvelle procédure, fortement inspirée de la faillite civile d'Alsace-Moselle, destinée, après éventuellement la nomination d'un mandataire liquidateur et la liquidation des biens du débiteur, à l'effacement de la totalité de ses dettes.

Intitulée « rétablissement personnel », elle s'applique aux débiteurs qui, selon le troisième alinéa de l'article L. 330-1 du code de la consommation, se trouvent « dans une situation irrémédiablement compromise caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre des mesures de traitement » visées aux articles L. 331-6, L. 331-7 et L. 331-7-1 (c'est-à-dire les mesures de règlement amiable, de redressement et d'effacement partiel).

Tous les débiteurs répondant aux conditions d'ouverture d'une procédure de traitement du surendettement ne relèvent pas nécessairement de la procédure nouvelle de rétablissement personnel. Celle-ci est limitée à ceux qui, en outre, se trouvent dans une situation irrémédiablement compromise caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre les mesures de traitement.

132. 2^e Civ., 9 juin 2005, *Bull.* 2005, II, n° 152, pourvoi n° 02-04.197.

Dans son avis du 10 janvier 2005¹³³, précité, la Cour de cassation a précisé qu’était dans une telle situation le débiteur qui se trouvait dans l’impossibilité d’apurer sa situation de surendettement par la mise en œuvre, éventuellement combinée, des mesures prévues aux articles L. 331-7 et L. 331-7-1 du code de la consommation.

Autrement dit, l’apurement du passif est l’une des conditions auxquelles est subordonnée la mise en œuvre des mesures spécifiées aux articles L. 331-7 et L. 331-7-1. Corrélativement, l’impuissance des mesures prévues aux articles L. 331-7 et L. 331-7-1 à apurer le passif caractérise les conditions d’ouverture du rétablissement personnel et ouvre le droit du débiteur à bénéficier de la nouvelle procédure.

Par conséquent, la situation irrémédiable est caractérisée dès lors que le juge constate que les revenus et le patrimoine du débiteur ne permettent pas d’envisager la réalisation d’un plan qui aboutisse à l’apurement du passif dans les conditions des articles L. 331-7 et L. 331-7-1¹³⁴.

Il appartient au juge de se placer au moment où il statue pour apprécier si la situation du débiteur est ou non réparable par le recours aux mesures des articles L. 331-7 et 331-7-1, sans avoir à rechercher les chances d’amélioration de la capacité de remboursement du débiteur. Une telle recherche serait d’ailleurs non seulement hasardeuse, mais risquerait aussi de conduire le juge à procéder par des motifs hypothétiques, que la jurisprudence de la Cour de cassation prohibe¹³⁵.

Est ainsi condamnée la pratique constatée auprès de nombreuses juridictions du fond qui, durant les mois qui ont suivi l’entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2003, paraissaient réserver la procédure de rétablissement personnel aux seuls débiteurs dépourvus durablement de toute capacité de remboursement et la refuser lorsque leur jeunesse pouvait leur laisser espérer dans l’avenir des perspectives de redressement qu’un âge avancé leur aurait fermées¹³⁶.

3. CONCLUSION : LA FINALITÉ DE LA PROCÉDURE DE TRAITEMENT DU SURENDETTEMENT

Parce que le profil des débiteurs surendettés a changé, l’objectif de la procédure de surendettement évolue. La dimension sociale, le souci d’intégrer la question du surendettement dans une politique plus globale de lutte contre les exclusions, voire de cohésion sociale, prend le pas sur les aspects purement processuels.

133. Avis de la Cour de cassation, 10 janvier 2005, *Bull.* 2005, Avis, n° 1, pourvoi n° 05-00.001.

134. 2^e Civ., 24 janvier 2008, pourvoi n° 06-20.367.

135. 1^{re} Civ., 31 mars 1992, *Bull.* 1992, I, n° 107, pourvoi n° 91-04.011.

136. *Rapport du comité de suivi de l’application des dispositions relatives au surendettement de la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003*, présidé par M. Canivet, premier président de la Cour de cassation, rapport remis aux ministres de l’emploi, du travail et de la cohésion sociale, et de la justice, La Documentation française, novembre 2008.

Le droit du surendettement des particuliers sacrifie à l'objectif de désendetter les débiteurs les plus obérés l'impératif juridique cardinal d'honorer ses obligations. Il évince de son champ d'application le principe de la force obligatoire des engagements quelles que soient leurs sources, conventions, quasi-contrats, délits, quasi-délits. « La dimension propre du droit, c'est le temps », écrivait Jean Carbonnier¹³⁷. Faute de pouvoir augmenter les revenus des débiteurs surendettés, les législateurs leur ont accordé la seule ressource dont ils disposaient : le temps ; du temps supplémentaire pour payer leurs dettes, du temps suspendu pour le cours des intérêts et les voies d'exécution, le temps d'oublier pour les cas les plus désespérés. À cette fin, le code de la consommation met en œuvre une série de dispositions dérogoratoires d'un droit commun dont l'impuissance à répondre à l'ampleur du phénomène du surendettement est assez vite apparue.

En somme, pour le particulier de bonne foi dont les ressources présentes ou futures se révèlent manifestement insuffisantes à payer les dettes échues ou à échoir, la loi organise des procédures visant à le faire sortir de son endettement ruineux. Les mesures les plus radicales instituées par la législation confèrent au débiteur en déconfiture le droit exorbitant de ne pas payer les dettes régulièrement nées dans son patrimoine, au mépris notamment des engagements qu'il a pu librement prendre. Le droit du surendettement consacre et élargit ainsi de manière éclatante la théorie de l'imprévision, admise depuis longtemps en droit administratif¹³⁸, en vertu de laquelle le juge a le pouvoir de réviser un contrat à la demande d'une partie lorsque par suite d'un événement extérieur, étranger à la volonté des contractants et imprévisible lors de la conclusion, l'exécution de celui-ci devient pour l'un des contractants tellement onéreuse qu'elle risque de le ruiner¹³⁹. Elle la consacre puisqu'elle permet au juge de réviser, pour des motifs d'intérêt général, les conditions du contrat pour l'adapter à l'évolution de la situation économique des parties. Mais elle l'élargit aussi, et ce dans deux directions dont la première n'est pas sans évoquer la théorie de la lésion dans le droit civil des incapacités. Elle l'élargit d'abord, puisqu'elle fait dépendre la révision judiciaire non pas d'un bouleversement des circonstances économiques rendant ruineuse pour le débiteur l'exécution de ses obligations, mais de l'altération de sa situation financière due, indifféremment, au tarissement de ses ressources ou au cumul imprudent de ses obligations au-delà de ce que sa situation de fortune permet. Elle étend ainsi la révision judiciaire non seulement aux débiteurs exposés à la ruine en raison de circonstances externes à leur propre volonté, mais aussi à ceux qui se sont mis dans cette situation pour s'être imprudemment obligés. Elle l'élargit ensuite puisqu'elle concerne indifféremment toutes les dettes de sommes d'argent, que celles-ci résultent d'un acte juridique ou d'un fait juridique, d'une convention, d'un quasi-contrat, d'un délit, ou d'un quasi-délict, et il n'est pas faux de dire que, de ce point de vue, elle le métamorphose. En somme, le créancier de sommes d'argent doit s'attendre à

137. *Flexible droit*, LGDJ, 5^e éd., 1983, p. 251.

138. Notamment, CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, publié au *Recueil Lebon*, p. 125 – S. 1916, 3, p. 17, concl. Chardenet, note Hauriou.

139. Association Henri-Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, 7^e éd., 1998, V^o Imprévision ; L. Grynbaum, « La mutation du droit des contrats sous l'effet du traitement du surendettement », *Contrats, conc., consom.* 2002, chron. 16 ; Adde C. Chabas, *L'Inexécution licite du contrat*, LGDJ, 2002 ; D. Mazeaud, « La révision du contrat », *Petites Affiches*, 30 juin 2005, n^o 129, p. 4.

une adaptation du lien d'obligation, contractuel ou délictuel, en raison de l'altération de la situation financière de son débiteur. Bref, à tous ces égards, la législation sur le surendettement des particuliers constitue le développement achevé d'une philosophie sociale apparue au crépuscule du XIX^e siècle sous le nom de « solidarisme » et qui prend à l'aurore du XXI^e siècle une verdeur nouvelle sur l'affaiblissement du principe de l'autonomie de la volonté¹⁴⁰. Certains auteurs se demandent d'ailleurs si l'on peut encore, avec le droit du surendettement, parler de force obligatoire du contrat¹⁴¹.

Ainsi, s'il était encore permis jusqu'à présent d'en douter, il est évident désormais que la procédure de surendettement, avec la loi du 1^{er} août 2003, relève bien « d'un droit spécial et social du surendettement¹⁴² » ou un « droit social des contrats¹⁴³ » dont « le but n'est plus d'aider un débiteur à payer ses créanciers mais d'éviter que l'obligation de payer ceux-ci n'aboutisse à le marginaliser¹⁴⁴ ». Une étude récente de l'Institut national de la statistique réalisée auprès des personnes sans domicile fixe, et qui révèle que dans près de 16 % des cas, la faiblesse des revenus est la cause principale de la perte du logement, montre d'ailleurs combien ce phénomène contribue à l'exclusion¹⁴⁵. Dans cette perspective, « la balance penche inexorablement en faveur des intérêts du débiteur¹⁴⁶ ». L'esprit de solidarité l'emporte définitivement sur le principe de l'autonomie de la volonté. La procédure de surendettement confère au débiteur un droit à ne pas s'exécuter lorsque sa situation financière ne lui permet plus de poursuivre sans risquer d'entraîner pour lui des conséquences néfastes. Protection contre les accidents de la vie, mais aussi parfois contre sa propre inconséquence, elle autorise le débiteur à ne pas payer ses dettes, simplement parce qu'il ne le peut plus et qu'il est de bonne foi. La loi ne pose finalement pas d'autre condition.

140. V. C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études offertes à Jacques Ghestin, LGDJ*, 2001 ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz 1999 ; Comp. J. Cedras, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapport annuel de la Cour de cassation 2003*, p. 215.

141. J.-B. Racine, « Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers », *Petites Affiches*, 29 mars 2006, n° 63, p. 37, qui préfère parler de « force du contrat, plus ou moins obligatoire ».

142. D. Mazeaud, « Le consommateur de crédit immobilier surendetté », *Petites Affiches*, 29 juin 1999, n° 128, p. 21 ; du même auteur, « L'endettement des particuliers », in *L'Endettement*, Travaux, Ass. Henri-Capitant, LGDJ, p. 127 ; L. Aynès, « Crise économique et rapports de droit privé », in *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, PUF, 1997, p. 57 ; X. Lagarde, *L'Endettement des particuliers*, LGDJ, 1999.

143. J.-B. Racine, *op. cit.*

144. P. Ancel, « Rapport de synthèse sur la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », *Petites Affiches*, 21 mai 1999, n° 101, p. 53.

145. C. Brousse, « Devenir sans-domicile, le rester : rupture des liens sociaux ou difficultés d'accès au logement ? », Rapport INSEE 2006, *Économie et Statistique* n° 391-392, p. 35 s. ; journal *Le Monde*, 26 oct. 2006.

146. N. Cote, « Le nouveau dispositif de traitement de surendettement des particuliers », *JCP* 2003, éd. G, I, 175, n° 4.

L'accès à la justice des personnes aux ressources insuffisantes : le contentieux de l'aide juridictionnelle porté devant la Cour de cassation (1980-2009)

0. INTRODUCTION

0.1. Principes et exigences du droit européen

L'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantit aux justiciables un droit « effectif » d'accès aux juridictions pour les décisions relatives à leurs droits et obligations de caractère civil. La Cour européenne des droits de l'homme, tout en rappelant que la Convention ne renferme aucune disposition relative à l'aide judiciaire en matière civile, et n'oblige pas les États à accorder l'aide juridictionnelle dans toutes les contestations en matière civile¹⁴⁷, tend cependant à consacrer un véritable droit à l'assistance par un avocat comme élément essentiel du procès équitable. La Cour relève ainsi que la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs, la remarque valant en particulier pour le droit d'accès aux tribunaux, eu égard à la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique¹⁴⁸. La Cour a précisé sa jurisprudence par plusieurs arrêts, en soulignant notamment l'obligation pour les États de pourvoir à l'assistance d'un avocat lorsque celle-ci se révèle indispensable à un accès effectif au juge, soit parce que la loi prescrit la représentation par avocat, soit en raison de la complexité de la procédure ou de la cause¹⁴⁹.

0.2. Cadre juridique national

La loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique a mis en place un système d'aide juridictionnelle tendant à assurer l'accès à la justice des personnes démunies. L'article 2 de la loi énonce ainsi que « les personnes physiques dont les ressources sont insuffisantes pour

147. CEDH, *Del Sol c. France*, 26 février 2002, requête n° 46800/99 ; CEDH, *Essaadi c. France*, 26 février 2002, requête n° 49384/99.

148. CEDH, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, requête n° 6289/73.

149. CEDH, *Aerts c. Belgique*, 30 juillet 1998, requête n° 61/1997/845/1051, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-V ; CEDH, *Gnahoré c. France*, 19 septembre 2000, requête n° 40031/98 ; CEDH, *Bertuzzi c. France*, 13 février 2003, requête n° 36378/97 ; CEDH, *Gutfreund c. France*, 12 juin 2003, requête n° 45681/99 ; CEDH, *Saoud c. France*, 9 octobre 2007, requête n° 9375/02 ; CEDH, *Blandeau c. France*, 10 juillet 2008, requête n° 9090/06.

faire valoir leurs droits en justice peuvent bénéficier d'une aide juridictionnelle ». L'aide peut, selon l'article 10 de la loi, être accordée en toutes matières, gracieuses ou contentieuses, pénales ou civiles, tant en demande qu'en défense, ainsi qu'en vue de parvenir à une transaction avant l'introduction de l'instance. Elle s'applique, aux termes de l'article 11, aux procédures, actes ou mesures d'exécution des décisions de justice obtenues avec son bénéfice. Il résulte encore de l'article 18 de la loi que l'aide peut être demandée aussi bien avant que pendant l'instance.

En pratique, le dispositif d'aide juridictionnelle met à la charge de l'État, en tout ou partie, les dépenses qui incomberaient à son bénéficiaire s'il n'avait pas obtenu cette aide. Les effets de l'aide juridictionnelle sont de deux ordres. Elle garantit d'abord à celui qui l'a obtenue le concours des auxiliaires de justice. À cet effet, l'article 25 de la loi du 10 juillet 1991 prévoit que le bénéficiaire de l'aide a droit à l'assistance d'un avocat et à celle de tous officiers publics et ministériels dont la procédure requiert le concours. L'aide accorde ensuite à son bénéficiaire, aux termes de l'article 40 de la loi, la prise en charge de tous les frais afférents aux instances, procédures ou actes pour lesquels elle a été accordée.

Vulnérables, à tout le moins au plan économique¹⁵⁰, les personnes éligibles à l'aide juridictionnelle bénéficient en droit interne d'un dispositif assez élaboré. À cet égard, il est apparu utile de rechercher dans quelle mesure la Cour de cassation participe à la mise en œuvre effective des droits reconnus aux demandeurs à l'aide juridictionnelle, par sa jurisprudence et par le contrôle qu'elle exerce sur l'application de la loi.

0.3. Le champ de l'étude

Dans cette perspective, une analyse systématique de l'intégralité des arrêts¹⁵¹ et avis portant sur l'application de la loi du 10 juillet 1991 rendus au cours des vingt dernières années a été effectuée. Le champ de l'étude a cependant été limité à deux séries de questions¹⁵². La première porte sur les effets de l'aide juridictionnelle. Elle couvre à la fois le droit au concours des auxiliaires de justice et la prise en charge des frais par l'État. La seconde est relative à l'effet interruptif de la demande d'aide juridictionnelle (interruption des délais pour agir et interruption du délai de préemption par la demande d'aide juridictionnelle).

Les décisions de non-admission des pourvois n'ont pas été prises en compte, n'étant accessibles sur aucune base de données. La perte d'information qui en résulte est de faible

150. Le plafond d'admission applicable au 1^{er} janvier 2009 a été fixé, sur la base des ressources de l'année 2008, à 911 euros pour l'aide juridictionnelle totale et 1367 euros pour l'aide juridictionnelle partielle.

151. Pour rassembler ce corpus d'arrêts, une interrogation de la base de données Jurinet de la Cour de cassation, exhaustive depuis 1990, a été effectuée, à la date arrêtée du 15 octobre 2009.

152. Les autres pourvois, plus dispersés, intéressent la rétribution de l'avocat désigné au titre de l'aide juridictionnelle, c'est-à-dire le contentieux des honoraires, la responsabilité des avocats et du service public de la justice, ou encore les règles particulières applicables devant les commissions d'indemnisation des victimes d'infraction. Ces arrêts, qui ne concernent qu'indirectement le sort des personnes vulnérables, ont été exclus du champ de l'enquête.

importance. En effet, comme on le verra, dans la plupart des décisions rendues en cette matière, les demandeurs au pourvoi sont bénéficiaires de l'aide juridictionnelle, de sorte que, lorsque le rejet du pourvoi a été envisagé, l'affaire n'a pas été orientée en procédure de non-admission et un arrêt a été systématiquement rendu.

Au total, 135 arrêts – publiés et non publiés – et avis rendus depuis 1990 (y compris quelques arrêts plus anciens) ont été analysés, 70 d'entre eux portant sur l'effet de l'aide juridictionnelle et 65 sur l'interruption des délais.

1. ÉVOLUTION ET CARACTÉRISTIQUES DU CONTENTIEUX PORTÉ DEVANT LA COUR DE CASSATION

1.1. Un contentieux en progression qui est majoritairement traité par la deuxième chambre civile et par la chambre sociale

Au cours de la période étudiée, on constate en premier lieu que le contentieux relatif à l'aide juridictionnelle traité par la Cour de cassation a augmenté, surtout depuis ces dix dernières années. Ainsi, un peu plus d'un quart des décisions (26,7 %) ont été rendues entre 1980 et 1999 et près des trois quarts d'entre elles (73,3 %) l'ont été depuis l'année 2000. On constate également que la structure du contentieux s'est modifiée au fil des années (cf. tableau 1).

Tableau 1 – Évolution du nombre des arrêts et avis par nature de contentieux

Année	Total		Effet de l'AJ		Interruption des délais	
	Nombre	%	Nombre	%	Nombre	%
Total	135	100,0	70	100,0	65	100,0
1980-1999	36	26,7	11	15,7	25	38,5
2000-2009	99	73,3	59	84,3	40	61,5
2000	7	5,2	5	7,1	2	3,1
2001	1	0,7	–	–	1	1,5
2002	3	2,2	1	1,4	2	3,1
2003	4	3,0	2	2,9	2	3,1
2004	7	5,2	5	7,1	2	3,1
2005	12	8,9	5	7,1	7	10,8
2006	14	10,4	7	10,0	7	10,8
2007	17	12,6	13	18,6	4	6,2
2008	20	14,8	11	15,7	9	13,8
2009*	14	10,4	10	14,3	4	6,2

* Interrogation Jurinet arrêtée au 15 octobre 2009.

Source : Enquête jurisprudence AJ Cour de cassation 2009.

En effet, pendant la première période qui s'achève en 1999, le contentieux relatif aux effets de l'aide juridictionnelle ne représentait qu'un tiers des décisions rendues. Au cours de la seconde période (depuis l'année 2000), ce contentieux représente en moyenne près de 60 % des affaires terminées.

La progression du nombre des affaires et la part croissante de celles qui intéressent le droit du bénéficiaire de l'aide à l'assistance d'un avocat peuvent s'expliquer par une attention plus grande portée par les avocats et par la Cour elle-même à la jurisprudence des juges de Strasbourg. Elle peut résulter également d'une inflexion de la jurisprudence de la Cour de cassation depuis l'année 2005, des décisions de principe ayant en effet été rendues, marquant une volonté de la Cour de cassation d'affirmer la nécessité de voir garantir l'accès effectif des personnes démunies à la justice.

La plupart des arrêts ont été rendus par la deuxième chambre civile et par la chambre sociale, le contentieux des effets de l'aide juridictionnelle étant principalement dévolu à la deuxième chambre civile (cf. tableau 2).

Tableau 2 – Répartition des arrêts par chambre et nature de contentieux

Chambre	Total		Effet de l'AJ		Effet interruptif	
	Nombre	%	Nombre	%	Nombre	%
Total	132	100,0	67	100,0	65	100,0
Première	19	14,4	9	13,4	10	15,4
Deuxième	66	50,0	48	71,6	18	27,7
Troisième	3	2,3	–	–	3	4,6
Commerciale	6	4,5	–	–	6	9,2
Sociale	36	27,3	9	13,4	27	41,5
Criminelle	2	1,5	1	1,5	1	1,5

Source : Enquête jurisprudence AJ Cour de cassation 2009.

Sur 132 arrêts rendus de 1979 à 2009, la deuxième chambre civile en a prononcé 50 %, la chambre sociale 27,3 %, la première chambre civile 14,4 %, la chambre commerciale 4,5 %, la troisième chambre 2,3 %, enfin la chambre criminelle 1,5 %.

Au total, ce sont donc plus des trois quarts des affaires qui ont été traitées par la deuxième chambre civile et la chambre sociale. S'agissant du contentieux des effets de l'aide juridictionnelle, on constate que près des trois quarts des pourvois ont été traités par la seule deuxième chambre civile, le quart restant l'ayant été par la chambre sociale et par la première chambre civile. Cette répartition résulte essentiellement de la nature du moyen soulevé devant la Cour de cassation qui est un moyen de nature procédurale. Pour ce qui est du contentieux de l'effet interruptif de la demande d'aide juridictionnelle, 70 % des pourvois ont été jugés par la chambre sociale et par la deuxième chambre civile.

1.2. Des pourvois qui concernent essentiellement des procédures sans représentation obligatoire et des procédures orales devant les juges du fond

On observe que dans 79 % des cas, les pourvois ont été formés contre des arrêts rendus par des cours d'appel, et dans 21 % des cas contre des décisions rendues en dernier ressort par des juridictions du premier degré (cf. tableau 3).

Tableau 3 – Répartition des arrêts selon la juridiction qui a prononcé la décision attaquée et la nature des contentieux

Juridiction ayant prononcé la décision attaquée	Total		Effet de l'AJ		Effet interruptif	
	Nombre	%	Nombre	%	Nombre	%
Total*	128	100,0	63	100,0	65	100,0
<i>Juridictions du premier degré</i>	27	21,1	17	26,6	10	15,4
– Procédure orale	27	21,1	17	26,6	10	15,4
<i>Cour d'appel*</i>	101	78,9	46	73,4	55	84,6
– Procédure avec représentation	44	34,4	16	26,6	28	43,1
– Procédure sans représentation	57	44,5	30	46,9	27	41,5

* Hors 4 arrêts pour lesquels le type de procédure n'a pu être déterminé.

Source : Enquête jurisprudence AJ Cour de cassation 2009.

Pour les affaires provenant des cours d'appel, 56,4 % d'entre elles (57) concernent des procédures sans représentation obligatoire et 43,6 % des procédures avec représentation obligatoire (44). Pour les affaires provenant directement des juridictions du premier degré, tous les pourvois concernent des jugements rendus en procédure orale. Au total, on note donc que les deux tiers des pourvois formés l'ont été contre des décisions rendues en procédure sans représentation obligatoire ou en procédure orale. Lorsque la représentation est obligatoire devant les juridictions du fond, les droits des personnes ayant demandé le bénéfice de l'aide juridictionnelle semblent donc être mieux garantis.

1.3. Des pourvois qui concernent des juridictions devant lesquelles l'assistance des personnes paraît peu organisée

La juridiction du premier degré initialement saisie a fait l'objet d'un relevé, que sa décision ait fait ou non l'objet d'un appel. On observe que plus de la moitié des affaires élevées jusqu'à la Cour de cassation concernent des litiges traités par trois juridictions : les conseils de prud'hommes (23 %), les juridictions de sécurité sociale (19 %) et les tribunaux d'instance (12 %) (cf. tableau 4).

Tableau 4 – Répartition des arrêts selon la juridiction du premier degré d'origine

Juridiction d'origine*	Arrêts Cour de cassation ¹		Admissions à l'AJ ²	
	Nombre	%	Nombre	%
Total	132	100,0	339 575	100,0
Conseil de prud'hommes	30	22,7	26 911	7,9
Tribunal des affaires de sécurité sociale et tribunal du contentieux de l'incapacité	25	18,9	7 245	2,1
Tribunal de grande instance	26	19,7	39 620	11,7
Tribunal d'instance, juge de proximité, juge des tutelles	16	12,1	46 837	13,8
Juge aux affaires familiales	10	7,6	206 452	60,8
Juge de l'exécution	7	5,3	9 729	2,9
Tribunal de commerce	4	3,0	2 781	0,8
Autres**	14	10,7	8 950	2,6

* Les juridictions d'origine qui n'ont pu être déterminées à la lecture de l'arrêt ont fait l'objet d'un redressement au prorata.

** Bâtonnier, CIVI, juge d'instruction, juge de l'expropriation, juge des enfants.

1. Source : Enquête jurisprudence AJ Cour de cassation 2009.

2. Source : SDSE Répertoire de l'aide juridictionnelle 2008.

Si l'on compare la répartition de ces arrêts avec celle des admissions à l'aide juridictionnelle, on constate que les juridictions devant lesquelles le bénéfice de l'aide juridictionnelle est le plus souvent accordé ne sont pas celles qui génèrent des pourvois devant la Cour de cassation. C'est en effet devant le juge aux affaires familiales que les admissions à l'aide juridictionnelle sont les plus nombreuses. Or, ce contentieux n'est qu'un très faible pourvoyeur d'affaires portant sur l'aide juridictionnelle devant la Cour de cassation. Une telle situation peut s'expliquer par la spécialisation des avocats en matière familiale et par une relative bonne organisation des rapports entre ces avocats, les avoués, les bureaux d'aide juridictionnelle et les juges aux affaires familiales ou les chambres spécialisées des cours d'appel.

1.4. Des pourvois dans lesquels l'aide juridictionnelle a été plus souvent sollicitée pour agir en justice

Pour un quart des arrêts (34) la position devant la juridiction du fond du demandeur au pourvoi n'a pu être déterminée à la lecture de l'arrêt ou du rapport établi devant la Cour de cassation, le plus souvent lorsque l'arrêt s'est borné à examiner la recevabilité du pourvoi au regard de l'article 39 du décret du 19 décembre 1991 (28 des 34 arrêts).

En se limitant aux seuls contentieux portant sur l'effet de l'aide juridictionnelle, où cette information est presque toujours disponible (65 des 67 arrêts), on constate que le demandeur au pourvoi formé contre un arrêt d'appel est en position d'appelant dans 92 % des cas, cette proportion étant encore plus élevée dans les procédures sans représentation obligatoire (97 %) que dans celles avec représentation obligatoire (81 %).

Lorsque la décision attaquée a été rendue en premier et dernier ressort, le demandeur au pourvoi est plus souvent en position de demandeur que de défendeur (59 % contre 41 %). Mais on constate alors que le demandeur a saisi soit le JEX en matière de surendettement, soit le TASS pour s'opposer à une contrainte soit encore le premier président pour demander l'arrêt de l'exécution provisoire. Il se trouve alors dans la position de celui qui saisit le juge d'une contestation.

Au total, la proportion d'appellants et de demandeurs atteint 78 %, c'est donc beaucoup plus souvent pour agir que pour se défendre que le demandeur a sollicité le bénéfice de l'aide juridictionnelle (78 %) et c'est dans cette position procédurale qu'il a pu rencontrer des difficultés, en particulier pour être effectivement assisté par un avocat.

1.5. Des pourvois très largement présentés par des personnes bénéficiaires de l'aide juridictionnelle devant la Cour de cassation

Dans 128 pourvois, il a été possible de déterminer si le demandeur au pourvoi était bénéficiaire de l'aide juridictionnelle devant la Cour de cassation. Soixante-quinze demandeurs ont bénéficié de cette aide, soit un taux de près de 60 % (cf. tableau 5). On observe une tendance à la hausse de ce taux au cours des dernières années. En effet, le nombre de dossiers instruits par le bureau d'aide juridictionnelle de la Cour de cassation augmente notablement (38 % sur la période 1980-1999 et 64 % sur la période 2000-2009). Cette progression semble se poursuivre si l'on considère le nombre des dossiers actuellement en cours d'instruction. On peut y voir une évidente sensibilisation du président du bureau, des présidents des divisions et des membres de ces divisions, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et magistrats notamment, au respect des règles destinées à garantir devant les juridictions du fond l'accès effectif et concret à la justice des personnes démunies.

Tableau 5 – Taux d'AJ des demandeurs devant la Cour de cassation selon la décision attaquée et le type de procédure

Décision frappée de pourvoi	Total			Effet de l'AJ			Effet interruptif*		
	Total	AJ*		Total	AJ**		Total	AJ**	
		Nombre	%		Nombre	%		Nombre	%
Total	128	75	58,6	63	45	71,4	65	30	46,2
Arrêt d'appel total	101	60	59,4	46	36	78,3	55	24	43,6
– Avec représentation	44	28	63,6	16	14	87,5	28	14	50,0
– Sans représentation	57	32	56,1	30	22	73,3	27	10	37,0
Décision juridiction premier degré	27	15	55,6	17	9	52,9	10	6	60,0
– Procédure orale	27	15	55,6	17	9	52,9	10	6	60,0

* Pour 3 arrêts anciens, l'information sur l'AJ n'a pu être relevée.

** Source : BAJ Cour de cassation.

Source : Enquête jurisprudence AJ Cour de cassation 2009.

Devant la Cour, les demandeurs sont plus souvent bénéficiaires de l'aide juridictionnelle dans le contentieux de l'effet de l'aide juridictionnelle que dans celui de l'effet interruptif de la demande (71,4 % contre 46,2 %) (cf. tableau 5).

1.6. Un taux de publication des arrêts important

Le taux de publication des 135 décisions (dont 3 avis) est de 34,8 % et de plus de 40 % en ce qui concerne le contentieux des effets de l'aide juridictionnelle. Ce taux, relativement élevé, démontre la volonté de la Cour de cassation de faire connaître sa jurisprudence en la matière et sa doctrine la plus récente (cf. tableau 6).

Tableau 6 – Taux de publication par nature de contentieux

Nature de contentieux	Total	Diffusés	Publiés et avis	
			Nombre	%
Total*	135	88	47	34,8
Effet de l'AJ	70	41	29	41,4
– <i>Droit à l'assistance d'un avocat et/ou d'un avoué</i>	55	34	21	38,2
– <i>Frais et dépens pris en charge par l'aide juridictionnelle</i>	15	7	8	53,3
Interruption des délais	65	47	18	27,7

* dont 3 avis.

Source : Enquête jurisprudence AJ Cour de cassation 2009.

2. RÉSULTATS DES POURVOIS PAR NATURE DE CONTENTIEUX

Le tableau 7 présente l'issue des pourvois dont les résultats feront l'objet d'un commentaire propre à chaque type de contentieux.

Tableau 7 – Résultat des pourvois par nature de contentieux

Nature de contentieux	Total		Décision statuant sur le moyen			Décision ne statuant pas sur le moyen		
	Nombre	%	Total	Cassation	Rejet	Total	Irrecevabilité	Déchéance du pourvoi
Total	132	100,0	105	48	57	27	20	7
Effet de l'AJ	67	50,8	67	39	28	–	–	–
Droit à l'assistance d'un avocat et/ou d'un avoué	55	41,7	55	30	25	–	–	–
– Droit à l'assistance d'un avocat ou d'un avoué	48	36,4	48	27	21	–	–	–
– Droit à l'assistance d'un avocat et d'un avoué	7	5,3	7	3	4	–	–	–
Frais et dépens pris en charge par l'AJ	12	9,1	12	9	3	–	–	–
– Expertise	5	3,8	5	5	–	–	–	–
– Article 700	3	2,3	3	3	–	–	–	–
– Autres	4	3,0	4	1	3	–	–	–
Interruption des délais	65	49,2	38	9	29	27	20	7
– Pour agir en justice – article R. 38 –	13	9,8	13	8	5	–	–	–
– Pour agir en justice – article R. 39 –	49	37,1	22	–	22	27	20	7
– Interruption du délai de péremption	3	2,3	3	1	2	–	–	–

Source : Enquête jurisprudence AJ Cour de cassation 2009.

2.1. Effets de l'aide juridictionnelle

2.1.1. Le droit à l'assistance d'un avocat

2.1.1.1. La jurisprudence tient compte de la grande diversité des situations

Chaque fois que cela a été possible, le moment auquel la demande d'aide juridictionnelle a été sollicitée et, le cas échéant, obtenue, a fait l'objet d'une saisie. Cette donnée est apparue utile, car l'analyse des arrêts permet de vérifier que la jurisprudence prend essentiellement en considération deux situations pour censurer les décisions qui ont statué bien que le demandeur à l'aide juridictionnelle n'ait pas été assisté d'un avocat.

La première hypothèse est celle où l'aide juridictionnelle a été demandée avant la clôture des débats, la seconde celle où l'aide a été obtenue avant le prononcé de la décision. Dans ces deux cas, le juge ne peut, en principe, statuer avant qu'un avocat ait effectivement été désigné pour assister le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle. La deuxième chambre civile a ainsi jugé, le 17 novembre 2005, au visa de l'article 25 de la loi du 10 juillet 1991, qu'encourait la cassation le jugement d'un juge de l'exécution qui avait statué sur le recours formé par un créancier contre la décision d'une commission de surendettement des particuliers, alors que la débitrice, qui, avant le prononcé du jugement, avait obtenu l'aide juridictionnelle, n'avait pas bénéficié du concours d'un avocat¹⁵³. En matière de sécurité sociale, la même chambre a encore décidé, le 13 décembre 2005, que violait le principe du respect des droits de la défense, ensemble les articles 14 et 16 du code de procédure civile et la loi du 10 juillet 1991, le tribunal qui avait statué sur la demande dont il était saisi, alors que le défendeur avait sollicité, avant la date de l'audience, l'attribution de l'aide juridictionnelle¹⁵⁴.

2.1.1.2. Diversité des visas des arrêts de cassation qui sanctionnent le défaut d'assistance

La disposition la plus fréquemment visée par les arrêts de cassation, qui est donc, en principe, le plus souvent proposée par l'avocat du demandeur, est l'article 25 de la loi du 10 juillet 1991, souvent seul mais parfois aussi combiné avec d'autres articles. C'est la reconnaissance par le législateur du droit à être assisté par un avocat qui fonde en effet l'obligation pour le juge de surseoir à statuer aussi longtemps qu'il n'a pas été répondu à la demande d'aide juridictionnelle. De nombreux arrêts rendus dans la situation où l'aide juridictionnelle avait déjà été accordée comportent d'ailleurs un « chapeau » qui, reprenant les termes de la loi, est ainsi rédigé : « Attendu que le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle a droit à l'assistance d'un avocat. » Comme on l'a vu, les exigences du procès équitable sont parfois moindres que celles du droit interne, de sorte que la Cour de cassation, singulièrement la deuxième chambre civile, utilise peu le visa de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde, non par réticence, mais animée au contraire du souci de ne pas affaiblir, par un usage immodéré et répété, la portée de ces dispositions fondamentales. On trouve aussi plusieurs arrêts ayant visé les articles 2, 10 et 12 de la loi du 10 juillet 1991, qui concernent le champ et le domaine de l'aide juridictionnelle ou encore le rôle des bureaux. Ces références, qui ne sont pas directement en cause dans la question posée par le pourvoi, constituent en quelque sorte l'environnement juridique de la règle violée. D'autres arrêts se réfèrent aux articles 14 et 16 du code de procédure civile, dont la pertinence peut être discutée, car la partie demanderesse à l'aide juridictionnelle a bien été appelée à l'instance et ne peut guère se plaindre d'une méconnaissance du principe de la contradiction. Enfin, on a relevé quatre arrêts de cassation au visa de l'article 784 du code de procédure civile. Ces décisions se présentent dans la configuration particulière où il était reproché à des cours d'appel de ne pas avoir recherché l'existence d'une cause grave justifiant la révocation de l'ordonnance de clôture lorsqu'elles étaient avisées de l'existence d'une demande d'aide juridictionnelle.

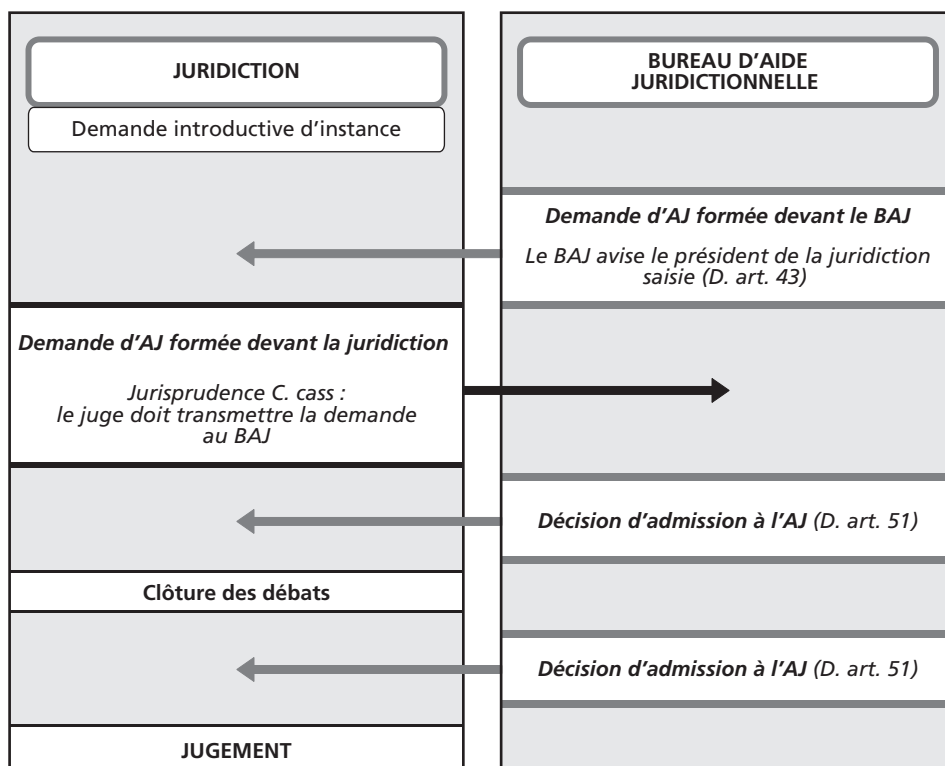
153. 2^e Civ., 17 novembre 2005, *Bull.* 2005, II, n^o 292, pourvoi n^o 03-04.186.

154. 2^e Civ., 13 décembre 2005, *Bull.* 2005, II, n^o 319, pourvoi n^o 04-30.137.

2.1.1.3. Un contentieux qui met en évidence des dysfonctionnements institutionnels

L'examen des motifs de cassation révèle soit une mauvaise connaissance de la jurisprudence la plus récente de la Cour soit, plus certainement, des problèmes de gestion tenant à une mauvaise communication entre les bureaux et les juridictions (cf. figure 1).

Figure 1 – La communication entre les BAJ, les juridictions



La demande d'aide juridictionnelle déclenche en effet des obligations à la charge des bureaux d'aide juridictionnelle et des juridictions. Ainsi, si l'aide est demandée après que la partie concernée a eu connaissance de la date de l'audience et moins d'un mois avant celle-ci, l'article 41 du décret du 19 décembre 1991 prévoit qu'il doit être statué comme en matière d'admission provisoire. Si la demande est faite pendant l'instance, le secrétaire du bureau est tenu, aux termes de l'article 43 du décret, d'en aviser la juridiction. Enfin, l'article 51 de ce même décret énonce qu'une copie des décisions prononçant l'admission doit être adressée sans délai au greffe de la juridiction compétente. De son côté, la Cour de cassation impose au juge, lorsqu'il est avisé qu'une partie souhaite bénéficier de l'assistance d'un avocat, de transmettre la demande au bureau d'aide juridictionnelle compétent. La

mise en œuvre de ces textes et de ces principes est manifestement défectueuse et il serait opportun que les juridictions ou l'administration centrale de la justice mettent en place les outils, notamment informatiques, indispensables à leur application effective. La réalisation de l'objectif de réduire à moins de soixante jours le traitement de la demande d'aide juridictionnelle avant l'année 2011, fixé par les pouvoirs publics, contribuerait assurément, s'il était atteint, à limiter les dysfonctionnements observés.

2.1.1.4. Indifférence du critère de bonne ou mauvaise foi

La Cour de cassation refuse de priver le demandeur à l'aide juridictionnelle, alors même qu'il serait de mauvaise foi, du bénéfice de l'assistance d'un avocat. C'est ainsi que la deuxième chambre civile a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, informée de la demande d'aide juridictionnelle de l'appelant, dans une procédure orale, avait refusé d'ordonner le renvoi de l'affaire dans l'attente de la décision du bureau, au motif de la tardiveté et du caractère dilatoire de la demande, présentée plusieurs mois après la déclaration d'appel et deux jours avant l'audience¹⁵⁵. Le comportement abusif du demandeur à l'aide juridictionnelle relève en effet des sanctions du droit commun, condamnation au paiement de dommages-intérêts voire amende civile. Il est aussi possible de mettre à la charge du bénéficiaire de l'aide une indemnité de procédure et il supportera les dépens de l'adversaire, s'il perd le procès¹⁵⁶.

2.1.1.5. Une situation particulière : le droit à l'assistance à la fois d'un avocat et d'un avoué devant les cours d'appel dans les procédures avec représentation obligatoire

La Cour de cassation rappelle sur ce point que le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle a droit, en appel, au concours d'un avoué mais aussi à celui d'un avocat. La cour d'appel doit donc s'assurer, lorsqu'une demande d'aide lui est présentée ou lorsque la révocation de l'ordonnance de clôture est sollicitée afin qu'il soit statué sur la demande, que l'intéressé se soit vu désigner un avocat en sus de l'avoué constitué pour lui, lorsqu'il en a fait la demande.

2.1.1.6. La Cour de cassation entend cependant responsabiliser les professionnels après leur désignation au titre de l'aide juridictionnelle

En l'état actuel de sa jurisprudence, la deuxième chambre civile considère que, lorsqu'un avocat, désigné au titre de l'aide juridictionnelle avant l'audience, ne s'est pas présenté à cette audience ou lorsqu'il a négligé de conclure pour le compte du bénéficiaire de l'aide, la juridiction saisie ne peut se voir imposer de surseoir à statuer jusqu'à ce que le professionnel désigné ait accompli les obligations qui lui incombent. Une décision remarquée du Conseil d'État¹⁵⁷, rendue certes à l'occasion d'un pourvoi formé contre un arrêt d'une chambre régionale des pensions, devant laquelle la procédure est orale et l'avocat personnellement convoqué, paraît plus exigeante, car elle retient qu'il appartient en ce cas au juge

155. 2^e Civ., 18 janvier 2007, *Bull.* 2007, II, n^o 9, pourvoi n^o 06-10.294.

156. 2^e Civ., 28 février 1996, *Bull.* 1996, II, n^o 38, pourvoi n^o 94-13.743.

157. CE, 28 novembre 2008, 5^e et 4^e sous-sections réunies, n^o 292772, publié au *Recueil Lebon*.

de surseoir à statuer, en mettant l'avocat désigné en demeure d'accomplir les diligences qui lui incombent ou en portant sa carence à la connaissance du requérant.

2.1.2. Les frais pris en charge par l'aide juridictionnelle : affirmation par la Cour de cassation des principes posés par l'article 40 de la loi du 10 juillet 1991

Douze décisions de la Cour de cassation portent sur les frais couverts par l'aide juridictionnelle. Hormis trois avis, relatifs au recouvrement des sommes avancées par l'État contre la partie condamnée aux dépens non bénéficiaire de l'aide et à la rémunération d'un conciliateur en matière agricole, la Cour fait essentiellement application de la règle selon laquelle l'aide juridictionnelle concerne tous les frais afférents aux instances, procédures ou actes pour lesquels elle a été accordée, notamment ceux afférents à une mesure d'instruction. Elle rappelle que le bénéficiaire de l'aide est dispensé du paiement de l'avance ou de la consignation de ces frais. Sur 12 arrêts recensés, 9 arrêts sont des arrêts de cassation dans des pourvois introduits par le bénéficiaire de l'aide. Les autres arrêts rejettent les pourvois formés par un avoué en matière de taxe (cf. tableau 7).

2.2. Effet interruptif de la demande d'aide

2.2.1. Interruption des délais pour agir

L'article 38 du décret institue une interruption des délais pour agir devant les juridictions du premier degré par la demande d'aide juridictionnelle ; l'article 39, une interruption de délai pour le dépôt du pourvoi ou des mémoires devant la Cour de cassation.

2.2.1.1. Interruption des délais pour agir devant les juridictions du fond : l'article 38 du décret

Pendant la période retenue, 13 arrêts ont été rendus, dont 8 arrêts sont des arrêts de cassation. Il s'agit de décisions qui fournissent d'importantes précisions sur l'application de cet article 38.

Ainsi, la Cour de cassation a jugé que ni la caducité de la décision d'admission¹⁵⁸ ni la décision d'incompétence du bureau¹⁵⁹ n'avaient d'effet sur l'interruption du délai pour agir. Elle a également décidé que l'article 38 était applicable au recours en révision¹⁶⁰ mais aussi à l'opposition à injonction de payer¹⁶¹, de même qu'à une action en référé préalable à une action au fond¹⁶².

158. 2^e Civ., 7 mai 2003, *Bull.* 2003, II, n° 128, pourvoi n° 01-17.693.

159. 2^e Civ., 15 février 2007, *Bull.* 2007, II, n° 35, pourvoi n° 06-10.040.

160. Soc., 8 février 2005, *Bull.* 2005, V, n° 49, pourvoi n° 02-46.044.

161. 2^e Civ., 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-19.364, en cours de publication.

162. 2^e Civ., 3 juillet 2008, pourvoi n° 06-14.293.

Le délai interrompu peut être un délai de prescription, un délai préfix, comme en matière de nullité du mariage¹⁶³ ou de filiation¹⁶⁴ ou encore le délai pour agir en garantie des vices cachés¹⁶⁵. On notera cependant que la chambre criminelle refuse d'appliquer cette disposition en matière répressive¹⁶⁶ et que la troisième chambre civile a considéré que la demande ne pouvait interrompre le délai pour agir lorsque l'action n'était pas encore née¹⁶⁷.

Les arrêts analysés montrent également une rédaction défectueuse du dernier alinéa du texte de l'article 38, qui rend délicate la détermination du point de départ d'un nouveau délai pour agir en cas d'octroi de l'aide juridictionnelle¹⁶⁸. L'article 50 du décret prévoyant désormais la notification de ces décisions par lettre simple, la question de la preuve de la notification de la décision d'admission pourrait donner lieu à de nouvelles difficultés.

Enfin et surtout, la Cour de cassation, compte tenu du caractère limitatif des juridictions visées par ce texte, refuse de considérer que la demande d'aide juridictionnelle interromp le délai imparti pour interjeter appel¹⁶⁹, si bien qu'il appartient à l'appelant, dans les procédures avec représentation obligatoire, d'obtenir d'un avoué qu'il accepte de faire la déclaration d'appel, éventuellement qu'il conclue dans les délais, avant l'obtention de l'aide juridictionnelle¹⁷⁰.

2.2.1.2. Interruption des délais pour le dépôt du pourvoi ou des mémoires devant la Cour de cassation : l'article 39 du décret

Les pourvois dans lesquels la recevabilité ou la déchéance du pourvoi a été examinée au regard des dispositions de l'article 39 du décret du 19 décembre 1991 sont de très loin les plus nombreux parmi ceux ayant trait à l'effet interruptif de la demande d'aide juridictionnelle. Ainsi, 49 arrêts ont été identifiés, représentant 37 % du contentieux de l'aide juridictionnelle porté devant la Cour de cassation. Dans 22 affaires, le moyen d'irrecevabilité a été rejeté ; dans 20 affaires, l'irrecevabilité du pourvoi a été prononcée, le plus souvent en raison de la tardiveté de la demande d'aide. La déchéance de 7 pourvois a enfin été constatée pour tardiveté de dépôt des mémoires, la plupart en procédure sans représentation obligatoire.

On constate que, sur les 49 pourvois, 32 concernent des décisions de juridictions d'appel ou du premier degré qui appliquent la procédure sans représentation obligatoire ou la procédure orale. Les demandeurs au pourvoi semblent donc plus exposés, dans ce type de

163. 2^e Civ., 22 mars 2006, *Bull.* 2006, II, n° 76, pourvoi n° 04-15.232.

164. 2^e Civ., 22 février 2007, *Bull.* 2007, II, n° 44, pourvoi n° 06-10.559.

165. 1^{er} Civ., 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-16.565.

166. Crim., 14 avril 1999, *Bull. crim.* 1999, n° 84, pourvoi n° 98-81.113.

167. 3^e Civ., 30 juin 2009, pourvoi n° 08-17.743.

168. 2^e Civ., 13 février 2003, pourvoi n° 01-02.852, 2^e Civ., 17 décembre 2009, pourvoi n° 09-10.190.

169. 2^e Civ., 2 décembre 2004, *Bull.* 2004, II, n° 509, pourvoi n° 03-10.427.

170. Le décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile a créé un article 38-1 dans le décret du 19 décembre 1991 qui reporte les délais impartis pour conclure en cas de demande d'aide juridictionnelle en appel. Ce texte entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

procédure, au risque de laisser expirer le délai imparti pour former une demande d'aide juridictionnelle auprès du bureau de la Cour de cassation.

On signalera enfin un arrêt de la première chambre, qui a tenu compte de la mauvaise foi du demandeur au pourvoi, en retenant qu'une demande d'aide juridictionnelle formée dans le seul but de prolonger artificiellement le délai de dépôt du mémoire ampliatif constituait une fraude, de sorte que la déchéance du pourvoi était encourue¹⁷¹. En ce domaine, la mauvaise foi du demandeur au pourvoi semble donc pouvoir être invoquée.

2.2.2. Interruption du délai de péremption

La Cour de cassation a rendu trois arrêts au cours de la période retenue qui, pour les deux premiers, reprennent une solution ancienne selon laquelle la demande d'aide juridictionnelle, étrangère à l'instance, n'interrompait pas le délai de péremption. En particulier, la deuxième chambre civile avait jugé, en 1998¹⁷², que la demande d'aide juridictionnelle ne constituait pas une diligence de nature à faire progresser l'instance au sens de l'article 386 du code de procédure civile. Par un arrêt du 28 janvier 2009¹⁷³, la chambre sociale a infléchi cette jurisprudence, en considérant que, dans la procédure prud'homale, lorsqu'une partie demande l'aide juridictionnelle pour accomplir la diligence mise à sa charge par la juridiction, le délai de péremption cesse de courir tant qu'il n'a pas été statué sur la demande. La deuxième chambre s'est ralliée à cette solution, franchissant une nouvelle étape en retenant, par un arrêt de portée générale qui ne s'explique pas par les spécificités du contentieux prud'homal, que la demande d'aide juridictionnelle interrompait en toutes matières le délai de péremption¹⁷⁴. L'évolution jurisprudentielle doit conduire à se demander si, désormais, la demande d'aide juridictionnelle présentée pendant l'instance ne doit pas être regardée comme un incident ayant pour effet d'en suspendre le cours.

3. CONCLUSION

Nous avons vu que les informations recueillies montraient, parmi les décisions attaquées, une surreprésentation des jugements rendus par des juridictions du premier degré dans des procédures orales et des arrêts d'appel rendus dans des procédures sans représentation obligatoire. Il a été aussi constaté que, lorsque l'on observe la répartition des admissions à l'aide juridictionnelle, les juridictions devant lesquelles le nombre d'admissions à l'aide juridictionnelle est le plus important, notamment en matière familiale, ne sont pas les juridictions de provenance des décisions frappées des pourvois que l'on retrouve le plus fréquemment devant la Cour de cassation. On sait aussi que la Cour de cassation, compte

171. 1^{re} Civ., 17 novembre 1999, *Bull.* 1999, I, n° 304, pourvoi n° 97-18.108.

172. 2^e Civ., 19 mai 1998, *Bull.* 1998, II, n° 153, pourvoi n° 96-17.349.

173. Soc., 28 janvier 2009, *Bull.* 2009, V, n° 27, pourvoi n° 07-42.287.

174. 2^e Civ., 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-16.698, en cours de publication.

tenu de l'effet dévolutif de l'appel, refuse d'examiner, faute d'intérêt, le moyen de cassation dirigé contre l'arrêt d'une cour d'appel lorsque ce moyen invoque la violation de règles de procédure commise devant les juges du premier degré. Cette jurisprudence a pour effet de limiter le champ de connaissance comme le contrôle des dysfonctionnements pouvant survenir en première instance. Pour toutes ces raisons, il importe de relativiser les résultats obtenus, qui ne sont pas représentatifs de l'ensemble des questions relatives au droit de l'aide juridictionnelle se posant devant les juges du fond, tant en première instance qu'en appel.

Si cette étude du contentieux ne rend pas compte de toutes les difficultés rencontrées par les demandeurs à l'aide juridictionnelle, elle permet en revanche de montrer l'attention de plus en plus soutenue que porte la Cour de cassation à la nécessité de permettre aux plus démunis de se voir reconnaître un droit « concret et effectif » d'accès au juge.

L'obligation de l'établissement de crédit prêteur d'éclairer son client auquel il propose d'adhérer à une assurance de groupe pour couvrir les risques de décès, invalidité, chômage

L'assurance de groupe en matière de crédit, souscrite par les établissements de crédit en vue de se garantir contre les risques liés à la personne de leurs débiteurs, est un mécanisme très répandu. Elle concerne de nombreuses personnes et intervient pour toutes les formes de crédits, qu'il s'agisse des prêts professionnels ou particuliers, des prêts immobiliers, des prêts à la consommation, des opérations de crédit-bail, des découverts ou ouvertures de crédit. Tant et si bien qu'on peut dire que : « [L']assurance, et notamment l'assurance dite ADI (assurance décès invalidité) est devenue aujourd'hui un élément essentiel de toute opération de crédit. Elle permet à l'emprunteur de se couvrir contre le risque de décès, invalidité voire chômage ou tout autre accident de la vie pouvant compromettre le remboursement de l'emprunt. Afin de faciliter le recours à l'assurance, les banques ont pris l'habitude de proposer – pour ne pas dire imposer – à leur client des assurances dites de groupe, c'est-à-dire souscrites par elles en vue de l'adhésion d'un ensemble de personnes répondant à des caractéristiques communes, afin de couvrir certains risques visés par la loi et le contrat ¹⁷⁵ ».

Si les emprunteurs ne sont pas obligés légalement d'adhérer à l'assurance de groupe (l'assurance peut être facultative et, lorsque elle est obligatoire, l'emprunteur peut opter pour un autre assureur), il n'en demeure pas moins dans les faits que celui qui veut obtenir son crédit souscrit généralement à l'assurance de groupe qui lui est proposée. Tenus d'adhérer au contrat d'assurance de groupe proposé par l'établissement de crédit s'ils souhaitent obtenir leur crédit, le choix des emprunteurs est contraint et ils ne peuvent discuter les garanties stipulées au contrat. Dans cette situation, ils ne sont pas toujours en mesure de défendre leurs intérêts et présentent une certaine vulnérabilité.

D'autant que les clauses de ces assurances de groupe, relatives à la couverture des risques de décès, d'invalidité, d'incapacité temporaire de travail et de chômage, sont souvent obscures quant aux garanties offertes aux adhérents emprunteurs. La mise en œuvre de ces garanties suscite d'ailleurs un contentieux important.

La Cour de cassation s'en est inquiétée dans son *Rapport annuel* de 1999, à l'occasion du commentaire de trois arrêts rendus par la première chambre civile le 9 février 1999, selon lesquels « la circonstance qu'un assuré est dans un état d'invalidité ou d'incapacité correspondant à la définition contractuelle qu'en donne un contrat d'assurance relève de l'appréciation souveraine des juges du fond ». Le rapport a relevé qu'il existait des différences de

175. Jean-François Riffard, « Éclairages sur les obligations du banquier en matière d'assurance couvrant la défaillance de l'emprunteur », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 6, novembre 2007, dossier 30.

définitions contractuelles des concepts d'incapacité et d'invalidité, et que cela pouvait engendrer des difficultés pour les emprunteurs, lorsque les contrats d'assurance étaient particulièrement restrictifs. C'est pourquoi il conclut qu'« il est impératif que la profession prenne conscience de cette situation, qui n'est pas acceptable dans un domaine aussi sensible humainement et économiquement. Il ne s'agirait d'ailleurs pas d'imposer des garanties uniformes, mais de faire apparaître très clairement la portée exacte des assurances proposées. À cet égard le procédé des choix optionnels, sous la condition que chaque option proposée soit d'une absolue précision quant à l'étendue exacte de la garantie incapacité ou invalidité et au montant des primes réclamées, paraît devoir être recommandé, car la gradation des garanties selon les options choisies est de nature à attirer l'attention des assurés¹⁷⁶ ».

En toute logique, la Cour de cassation a défini dans sa jurisprudence les emprunteurs qui adhèrent à un contrat d'assurance de groupe proposé par un établissement de crédit souscripteur comme une catégorie d'assurés méritant une protection particulière.

C'est pour répondre à la vulnérabilité de l'emprunteur/assuré (1.) que la Cour de cassation a consacré l'obligation d'éclairer le client sur l'inadaptation de la garantie au risque (2.).

1. LA VULNÉRABILITÉ DE L'EMPRUNTEUR/ASSURÉ

La vulnérabilité de l'emprunteur/assuré tient au mécanisme de l'assurance de groupe (1.1.) lequel n'est pas compensé par une information suffisante (1.2.).

1.1. Une assurance de groupe

L'assurance de groupe est définie par l'article L. 141-1 du code des assurances¹⁷⁷. Cet article dispose que : « Est un contrat d'assurance de groupe le contrat souscrit par une personne morale ou un chef d'entreprise en vue de l'adhésion d'un ensemble de personnes répondant à des conditions définies au contrat, pour la couverture des risques dépendant de la durée de la vie humaine, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ou du risque de chômage.

Les adhérents doivent avoir un lien de même nature avec le souscripteur. »

L'assurance doit permettre d'assurer le bon déroulement du prêt alors même que des obstacles pourraient surgir et le compromettre tels que le décès, la perte de revenus due à une

176. *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 1999, p. 405-406, pourvois n° 96-22.513, 97-10.810, 96-20.882.

177. Ancien article L. 140-1 du code des assurances issu de l'article 16 de la loi dite « assurance » n° 89-1014 du 31 décembre 1989 et devenu l'article L. 141-1 du même code par l'effet de la renumérotation opérée par l'article 1^{er}, III, de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005, pour la confiance et la modernisation de l'économie.

invalidité, une incapacité totale ou temporaire, ou la perte d'emploi¹⁷⁸. Quand surviennent de tels événements, l'assureur peut être chargé de prendre en charge les mensualités du prêt.

L'assurance de groupe ou assurance collective établit une relation triangulaire entre l'assureur, le souscripteur du contrat collectif et l'adhérent, dont la nature juridique n'est pas sans poser de difficultés. L'assurance de groupe est souvent présentée comme une stipulation pour autrui. Dans son *Rapport annuel* de 1986, la Cour de cassation a ainsi émis l'avis selon lequel, « Sans doute, l'assurance de groupe se fonde-t-elle à l'origine sur une stipulation pour autrui, par laquelle le promettant (l'assureur) s'engage envers le souscripteur à proposer aux adhérents une assurance conforme aux conditions établies entre eux¹⁷⁹ ».

Cette qualification est toutefois inconfortable, et l'on comprend les précautions employées par la Cour de cassation quant à l'emploi de cette qualification. Car si l'assureur est le promettant, il devrait verser les prestations à l'emprunteur/assuré qui serait le bénéficiaire, et pourtant, lorsque le contrat est conclu par un établissement de crédit, à son propre profit, sur la tête de ses emprunteurs, les sommes seront versées entre les mains du banquier, lequel serait le stipulant. Dans un arrêt rendu le 14 novembre 1995 par la première chambre civile, la Cour de cassation distribue différemment les rôles de bénéficiaire et de stipulant. Elle considère en effet que l'établissement de crédit est « le bénéficiaire du contrat d'assurance auquel l'adhérent a donné son adhésion et en vertu duquel l'assureur doit, en cas de sinistre, se substituer à lui pour le remboursement du solde des prêts garantis¹⁸⁰ ».

La doctrine a proposé d'autres qualifications pour caractériser l'assurance de groupe¹⁸¹ : l'assurance sur la tête d'autrui, l'assurance pour compte, l'addition de contrats individuels, le mandat, le contrat-cadre¹⁸², le contrat d'adhésion. Le mécanisme peut en réalité s'analyser comme une double stipulation. Le banquier souscrit une assurance de groupe au bénéfice de l'emprunteur. Et ce dernier en adhérant à l'assurance de groupe stipule au bénéfice du banquier. L'emprunteur et le banquier inversent ainsi leur rôle de bénéficiaire en stipulant, tandis que l'assureur reste promettant.

Le banquier est ainsi à la fois souscripteur et attributaire des garanties. L'établissement de crédit conclut le contrat d'assurance à son propre profit sur la tête de ses clients emprunteurs. Un auteur soulève à juste titre que l'assurance des emprunteurs présente un double effet : « d'une part de jouer le rôle d'une sûreté personnelle que s'est constituée le prêteur

178. L'assurance de groupe est une assurance de personne en ce que les risques qu'elle couvre sont essentiellement liés à la vie et à l'intégrité physique de l'adhérent.

179. *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 1986, p. 198.

180. 1^{re} Civ., 14 novembre 1995, *Bull.* 1995, I, n° 404, pourvoi n° 93-15.309.

181. Cf. Guy Courtieu, « Assurances de groupe. Observations et règles générales », *J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances*, fasc. 518.

182. Guy Courtieu considère que : « L'assurance de groupe repose sur une sorte de contrat-cadre sous la forme d'une police d'assurance négociée entre un organisme assureur et une personne morale (en général) souscriptrice. Tous les individus ayant intérêt à bénéficier des garanties proposées par ce contrat et présentant un même lien avec le souscripteur peuvent (ou doivent) y adhérer. » Cf. Guy Courtieu, « Assurances de groupe. Observations et règles générales », *J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances*, fasc. 518, *J.-Cl. Civil annexes*, fasc. 18.

de deniers, et, d'autre part, le rôle de garantie (en fonction du contrat) des dettes de l'emprunteur¹⁸³ ». Au surplus, le coût du risque des impayés est transféré aux emprunteurs qui règlent les cotisations d'assurance.

En revanche, l'emprunteur/assuré, qui adhère au contrat d'assurance, n'a pas la faculté de négocier le contrat, lequel a été préétabli par l'établissement de crédit et l'assureur, parfois des sociétés appartenant au même groupe que l'établissement de crédit. Et ce alors que le contrat a été contracté non pour un emprunteur précis, mais pour une collectivité d'emprunteurs, si bien que le contrat d'assurance ne prend pas en considération les besoins individualisés de chaque emprunteur.

Pour que le coût du crédit reste attractif pour l'emprunteur/assuré, le banquier peut privilégier le faible coût de l'assurance. Dans ces conditions, les garanties sont bien souvent définies de façon restrictive et pourront difficilement être mises en œuvre par l'assuré.

1.2. L'insuffisance des obligations générales d'information

Alors que les garanties prévues par le contrat d'assurance de groupe sont souvent limitées et obscures, le souscripteur s'exonère normalement de son obligation d'information par la remise de la notice d'information, sans avoir à conseiller, le cas échéant, la souscription d'une assurance complémentaire.

1.2.1. Des garanties souvent limitées et obscures

Les garanties de base des contrats d'assurance emprunteurs sont celle du décès de l'emprunteur et celle de son « invalidité absolue et définitive » (IAD), ou « perte totale et irréversible d'autonomie » (PTIA). Mais les contrats d'assurance des emprunteurs peuvent également prévoir de garantir l'invalidité partielle, l'incapacité temporaire de travail et le chômage.

S'agissant des garanties de l'invalidité et de l'incapacité, la terminologie peut être vague ou fluctuante, quand elle n'est pas obscure. La commission des clauses abusives relevait ainsi en 1990 que : « Selon les contrats, cette garantie vise dans sa dénomination "l'invalidité permanente", "l'invalidité totale", "l'invalidité permanente absolue", "l'invalidité absolue définitive"... ; que ces appellations peuvent être de nature à induire en erreur des non-spécialistes de l'assurance sur la portée réelle de la garantie dont il s'agit, dès lors que la plupart des contrats ne couvrent en réalité que les formes les plus graves d'une telle invalidité, telles que celles entraînant "l'impossibilité de se livrer à la moindre occupation" ; que ces ambiguïtés et les malentendus qui peuvent en résulter sont particulièrement lourds de conséquences lorsque les garanties du contrat comportent une discontinuité entre la garantie "incapacité temporaire" et la garantie "invalidité définitive", ce qui peut conduire certains consommateurs à ne pas être pris en charge au titre de l'une ou l'autre garantie alors

183. Guy Courtieu, « Assurances des emprunteurs : la Cour suprême met les banques en demeure », *Resp. civile et assurances*, 2007, étude 8, p. 6 et s.

même que leur état de santé les prive de l'activité et des ressources nécessaires pour faire face à leurs obligations à l'égard du prêteur¹⁸⁴... »

La garantie invalidité absolue définitive (IAD) doit se distinguer des autres garanties invalidité et incapacité. Elle peut être définie comme l'impossibilité de se livrer à une quelconque activité. Ainsi définie, elle est de nature à induire l'adhérent en erreur, puisque ce dernier aura pu comprendre l'invalidité absolue définitive comme l'impossibilité de se livrer à sa propre activité professionnelle et que c'est pour se prémunir contre ce risque qu'il a accepté de payer des primes¹⁸⁵. La garantie du risque invalidité peut également être subordonnée à la décision de classement de l'organisme de sécurité sociale, ou encore à la perception par l'assuré « des prestations maladie ou invalidité », mais dans ce cas les assurés percevant des prestations de retraite seront exclus.

Par trois arrêts du 9 février 1999, la Cour de cassation a jugé que « la circonstance qu'un assuré est dans un état d'incapacité temporaire totale ou d'invalidité, correspondant à la définition contractuelle qu'en donne un contrat d'assurance relève de l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁸⁶ ». La Cour de cassation a eu l'occasion de réaffirmer cette jurisprudence à de très nombreuses reprises¹⁸⁷.

En dépit du manque de clarté de ces garanties, l'emprunteur adhérent de l'assurance de groupe n'est créancier que d'une obligation formelle d'information.

1.2.2. Les obligations formelles d'information – la remise de la notice

Le souscripteur est tenu de remettre à l'adhérent une notice établie par l'assureur qui définit les garanties et leurs modalités d'entrée en vigueur ainsi que les formalités à accomplir en cas de sinistre. Cette obligation a été consacrée par le législateur pour tous les contrats d'assurance de groupe par l'article L. 141-4 du code des assurances, mais également pour les contrats d'assurance emprunteurs régis par des lois spéciales, tels que les crédits à la

184. Guy Courtieu, « Assurance des emprunteurs », *J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances*, fasc. 518-10, n° 13.

185. Voir CA Riom, 14 décembre 1995, *RGDA* 1996, p. 697, note M.-H. Maleville, qui a repoussé le jeu de la clause prévoyant que la garantie de l'incapacité ou de l'invalidité est cantonnée à l'impossibilité d'exercer une quelconque activité en relevant que l'adhérent « pourrait en pure théorie être clarinettiste, professeur de chinois, répétiteur de bridge, ravaudeur de caleçons et qui sait quoi encore, de même qu'il pourrait s'élever au niveau des mathématiques les plus éthérées, tel ce paralytique célèbre qui manie les machines les plus complexes par les seuls mouvements de ses yeux », décision cassée par 1^{re} Civ., 17 mars 1998, pourvoi n° 96-11.172.

186. 1^{re} Civ., 9 février 1999, *Bull.* 1999, I, n° 45, pourvois n° 96-22.513, n° 97-10.810 et n° 96-20.882.

187. Dans un arrêt du 4 novembre 2004, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation affirme : « que la circonstance qu'un assuré est dans un état d'incapacité ou d'invalidité correspondant à la définition qu'en donne un contrat d'assurance relève de l'appréciation souveraine des juges du fond ; Et attendu que pour déclarer que M. M. ne remplissait pas les conditions de la garantie, l'arrêt retient, qu'au vu des bulletins de paye de M. M., l'assuré ne justifiait pas avoir perçu de prestations en espèces avant sa mise en retraite pour invalidité ; que par ces seuls motifs, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ». Pour des exemples récents voir 2^e Civ., 2 octobre 2008, pourvoi n° 07-17.978 ; 2^e Civ., 29 mars 2006, pourvoi n° 04-17.874.

consommation régis par la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, ou les prêts immobiliers régis par la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979¹⁸⁸.

« Le principe de l'existence d'une obligation d'information et de conseil en matière d'assurance de groupe a été affirmé par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 10 juin 1986. Selon la Cour, il résulte de l'article R. 140-5 du code des assurances que le souscripteur d'un contrat d'assurance de groupe est tenu de faire connaître de façon très précise à l'adhérent les droits et obligations qui sont les siens¹⁸⁹. » La Cour de cassation a maintenu cette solution par la suite. Ainsi, au visa de l'article L. 312-9 du code de la consommation, la Cour énonce que « le souscripteur d'une assurance de groupe s'acquitte de son obligation d'information en annexant au contrat de prêt une notice définissant de façon claire et précise les risques garantis ainsi que toutes les modalités de la mise en jeu de l'assurance¹⁹⁰ ».

La remise de la notice est suffisante dès lors que les clauses de la notice sont claires. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a ainsi considéré dans un arrêt du 23 septembre 2004 : « que la clause concernant la couverture du risque invalidité absolue et définitive était claire et précise et que la garantie due par la compagnie d'assurances était définie de manière non équivoque, sans qu'il soit nécessaire que soient apportées d'autres précisions à l'adhérent qui pouvait, sans avoir besoin de conseil, se rendre compte des cas où la garantie pouvait être mise en œuvre¹⁹¹ ». Un arrêt rendu le 24 mai 2006 par la deuxième chambre civile a approuvé une cour d'appel d'avoir exigé que la notice figure sur un document spécifique et distinct des conditions générales¹⁹².

Si l'obligation d'information est satisfaite par la remise d'une notice claire, le banquier n'est pas tenu de conseiller la souscription d'une assurance complémentaire.

1.2.3. Le banquier n'est pas tenu de conseiller la souscription d'une assurance complémentaire

La Cour de cassation a considéré que, dès lors que l'assuré s'est vu remettre une notice claire et précise, le banquier n'est pas tenu de conseiller la souscription d'une assurance complémentaire. Un arrêt de la Cour de cassation énonce ainsi : « que, s'agissant d'une assurance de groupe souscrite par un établissement de crédit en vue de garantir ses emprunteurs contre des risques déterminés dont ils ont été informés avec précision par la remise de la notice, le souscripteur n'est pas tenu de leur conseiller de contracter une assurance complémentaire¹⁹³ ».

188. *Lamy assurances*, 2009, n° 4345 b.

189. Jean-François Riffard, « Éclairages sur les obligations du banquier en matière d'assurance couvrant la défaillance d'emprunteur », *Revue de droit bancaire et financier*, novembre 2007, n° 6, dossier 30, § 9.

190. 1^{re} Civ., 17 juillet 2001, *Bull.* 2001, I, n° 229, pourvois n° 98-18.242 et 98-19.127.

191. 2^e Civ., 23 septembre 2004, pourvoi n° 03-14.954.

192. 2^e Civ., 24 mai 2006, pourvoi n° 04-14.024.

193. 1^{re} Civ., 1^{er} décembre 1998, *Bull.* 1998, I, n° 334, pourvoi n° 96-16.608.

Cette position a été critiquée en doctrine, en raison des différences existant entre les établissements de crédit et les associations sportives. Ces dernières sont astreintes à de plus grandes obligations par la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 que les établissements de crédit, et ce alors même que ces dernières seraient moins au fait des mécanismes d'assurance de groupe. Un auteur, J. Kullmann, avance que : « L'abondance du contentieux témoigne de l'inadaptation pour le moins fréquente des garanties proposées par certains établissements de crédit aux besoins réels de l'emprunteur. Cette insuffisance notoire n'a pourtant provoqué aucune intervention législative, alors que c'est dès 1984 que la loi a en quelque sorte présumé que les garanties souscrites par les groupements sportifs présentaient ce défaut [...]. On le sait, et que l'on ne vienne surtout pas dire le contraire : l'emprunteur tient à obtenir son crédit, il tient aussi à être assuré, mais, d'une part, il ne lit pas le formulaire qui lui est remis et, d'autre part, son interlocuteur, à l'agence bancaire, ne le met pas en garde contre les insuffisances de la garantie d'assurance proposée¹⁹⁴. » Et l'auteur de rappeler que : « L'article 38 de la loi du 16 juillet 1984 prévoit que les groupements sportifs sont tenus d'informer leurs adhérents de l'intérêt à souscrire un contrat d'assurance de personne ayant pour objet de proposer des garanties forfaitaires en cas de dommages corporels¹⁹⁵. »

La Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence par la suite. La première chambre civile de la Cour de cassation énonce dans son arrêt du 30 janvier 2002 que : « l'établissement de crédit qui, souscripteur d'une assurance de groupe, a, par la remise de la notice, informé avec précision ses emprunteurs des risques déterminés contre lesquels ils étaient garantis, n'est pas tenu de leur conseiller de contracter une assurance complémentaire¹⁹⁶ ». Alors que dans cette espèce, seuls les risques de décès et d'invalidité absolue et définitive étaient garantis, la deuxième chambre civile a adopté la même position¹⁹⁷.

Mais, consciente des difficultés, la Cour de cassation a dégagé une obligation, à la charge des établissements de crédit, d'éclairer le client sur l'inadaptation de la garantie au risque.

2. L'OBLIGATION D'ÉCLAIRER LE CLIENT SUR L'INADAPTATION DE LA GARANTIE AU RISQUE

Au terme d'une évolution jurisprudentielle, la Cour de cassation a consacré l'obligation d'éclairer le client sur l'inadaptation de la garantie au risque. Cette obligation s'apparente à l'obligation de mise en garde et au devoir de conseil.

194. J. Kullmann, *RGDA* 1999, n° 2, p. 428.

195. J. Kullmann, *op. cit.*, p. 429.

196. 1^{re} Civ., 30 janvier 2002, *Bull.* 2002, I, n° 37, pourvoi n° 00-22.709; 3^e Civ., 24 avril 2003, *Bull.* 2003, III, n° 83, pourvoi n° 01-12.658.

197. 2^e Civ., 3 juin 2004, *Bull.* 2004, II, n° 261, pourvoi n° 03-13. 896; 2^e Civ., 10 novembre 2005, pourvoi n° 04-16.092; 2^e Civ., 24 mai 2006, pourvoi n° 05-16. 435.

2.1. Évolution de la jurisprudence

La jurisprudence de la Cour s'est montrée plus exigeante quant à la clarté de la notice, tout d'abord en censurant l'illusion de garantie, puis en consacrant une obligation « d'éclairer » à la charge du banquier.

2.1.1. Une jurisprudence censurant l'illusion de garantie

La Cour de cassation censure l'illusion de garantie. Celle-ci peut tenir aux termes du contrat, lorsque la rédaction est en apparence claire, mais que l'éclatement des clauses du contrat rend la notice ambiguë¹⁹⁸. Une apparence trompeuse de garantie totale jusqu'à la fin du prêt peut également résulter de la remise d'un tableau d'amortissement incluant des cotisations d'assurance constantes jusqu'au terme du prêt¹⁹⁹. La remise de la notice est dès lors jugée insuffisante pour satisfaire l'obligation d'information et de conseil de la banque, ce que la Cour de cassation énonce explicitement dans un arrêt rendu par la deuxième chambre civile le 5 juillet 2006²⁰⁰ : « Vu les articles 1147 du code civil et L. 140-4 du code des assurances ; [...] le souscripteur d'une assurance de groupe est tenu envers les adhérents d'une obligation d'information et de conseil qui ne s'achève pas avec la remise de la notice prévue par le second de ces textes. »

198. Cf. notamment :

– 2^e Civ., 8 avril 2004, pourvoi n° 03-11.485 : « Qu'en statuant ainsi, alors que dans le cadre de contrats successifs et en présence d'une clause rédigée en termes généraux et divisée en deux formules, l'une à la page 3 des conditions générales qui définissait le délai d'attente comme la "période pendant laquelle la garantie ne s'applique pas, il commence à la prise d'effet du contrat" et l'autre, en page 11, précisant sous la rubrique exclusions de garanties que "ne sont pas garantis par ce contrat : [...] les maladies et leurs conséquences dont les premières manifestations se sont produites pendant le délai d'attente", il incombait à l'assureur tenu d'attirer l'attention de l'assuré sur ladite clause, de prouver l'exécution de son obligation d'information et de conseil, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé le texte susvisé. »

– 2^e Civ., 3 juin 2004, pourvoi n° 03-13.896 : « Mais attendu que l'obligation d'information et de conseil ne se limite pas à la remise de la notice, dès lors que celle-ci ne définit pas de façon claire et précise les risques garantis, ainsi que les modalités de mise en jeu de l'assurance ; Et attendu que l'arrêt retient, d'une part, l'existence d'une clause contractuelle stipulant que l'assurance ne s'appliquait "qu'aux emprunteurs âgés de moins de 65 ans lors de l'entrée dans l'assurance" susceptible d'inciter l'adhérent à se croire garanti jusqu'à l'échéance du prêt, d'autant que le versement des primes d'assurance se poursuivait jusqu'à ladite échéance ; que, d'autre part, la stipulation litigieuse qui limitait la durée de la garantie jusqu'au soixante-cinquième anniversaire de l'adhérent se trouvait deux feuillets plus loin de la précédente ; que la cour d'appel, se fondant sur l'ambiguïté des termes mêmes de la notice, a pu en déduire, au-delà du simple manquement à l'obligation de renseignement, que le prêteur avait induit l'emprunteur en erreur. »

199. 2^e Civ., 13 janvier 2005, pourvoi n° 03-17.199 : « Mais attendu que la banque, souscripteur d'une assurance de groupe, est tenue envers l'emprunteur d'une obligation d'information et de conseil qui ne s'achève pas avec la remise de la notice ; qu'en remettant à l'emprunteur un tableau d'amortissement incluant des cotisations d'assurances constantes jusqu'au terme du prêt, créant ainsi l'apparence trompeuse d'une garantie totale jusqu'à cette date quand la notice prévoit par ailleurs une cessation partielle des garanties avant la fin du contrat, l'organisme de crédit commet une faute dont il doit répondre. »

200. 2^e Civ., 5 juillet 2006, *Bull.* 2006, II, n° 184, pourvoi n° 05-12.603.

La Cour de cassation a également retenu, dans des espèces concernant principalement la durée de la garantie au regard de la durée du crédit et de l'âge de l'emprunteur, que le banquier, souscripteur d'une assurance de groupe, est tenu d'un devoir de conseil sur l'adaptation des garanties souscrites à la situation de l'emprunteur. Au visa de l'article 1147 du code civil, dans un arrêt du 3 mai 2006, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a considéré que « pour débouter M. A. de ses demandes, l'arrêt énonce, par motifs propres et adoptés, que s'agissant d'un prêt important, le banquier a l'obligation d'assortir son offre de crédit d'une proposition d'assurance, et d'une proposition "efficace"; qu'en l'espèce, la proposition d'assurance était manifestement inadaptée à la situation de M. A; que toutefois celui-ci est un professionnel de l'immobilier; Qu'en statuant ainsi, sans rechercher comme elle y était invitée, si la proposition faite à un emprunteur de 62 ans de souscrire une assurance "décès incapacité invalidité" devant cesser à son soixante-cinquième anniversaire, n'était pas constitutive d'une faute, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé²⁰¹ ».

2.1.2. La consécration de l'obligation d'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à la situation personnelle de l'emprunteur

Par un arrêt d'assemblée plénière en date du 2 mars 2007 (*Bull.* 2007, Ass. plén., n° 4, pourvoi n° 06-15.267), la Cour de cassation a instauré, sur le fondement de l'article 1147 du code civil, une obligation « d'éclairer » l'emprunteur/assuré. Dans cette affaire, un exploitant

201. 2^e Civ., 3 mai 2006, pourvois n° 05-14.961 et n° 05-12.639.

– Cf. également 2^e Civ., 24 mai 2006, pourvoi n° 04-14.024 : « Mais attendu que l'arrêt retient que s'il ressort clairement des indications portées aux conditions particulières que la couverture en matière d'incapacité temporaire totale s'arrête au soixantième anniversaire de l'adhérent, ces mentions sont toutefois en apparence contradiction avec celles figurant sur la demande d'adhésion, aux termes desquelles il est fait état dans un même encadré d'un financement de 300 000 francs, d'une quotité assurée de 100 %, pour une durée de cent quarante-quatre mois, soit jusqu'au 1^{er} septembre 2006, alors que lesdites mentions n'étaient que partiellement valables, à savoir seulement pour la couverture des risques décès et invalidité permanente et absolue, et non pour la couverture du risque incapacité temporaire totale; qu'il a pu en résulter une confusion pour M. C., qui doit être résolue en sa faveur, en sa qualité d'adhérent à un contrat collectif d'assurances dont il ne pouvait véritablement discuter les différents énoncés, sachant au surplus qu'il était fondé à croire que, débiteur de primes sur une période de douze ans, il était couvert sur toute cette période pour l'ensemble des risques garantis, dès lors que l'assureur ne lui avait ni précisé ni justifié que les primes avaient pu être calculées précisément pour tenir compte du fait que sa garantie au titre de l'incapacité temporaire totale cesserait au bout de six ans et non au bout de douze ans;

[...] Mais attendu que l'arrêt retient que les documents contractuels n'évoquent pas la remise d'une notice, document spécifique et distinct des conditions générales et particulières regroupant synthétiquement et de façon claire et précise les risques garantis ainsi que les modalités de la mise en jeu de l'assurance; que la CRCA a manqué à son obligation d'information en n'établissant pas avoir remis les notices afférentes aux deux assurances souscrites; qu'elle n'établit pas avoir rempli en l'espèce son devoir de conseil compte tenu de la situation particulière de M. C., tenant à son âge au moment des deux souscriptions et de la contrainte résultant de ce qu'il exerçait une profession libérale, ne lui garantissant aucune rémunération en cas d'arrêt de travail temporaire, et ne lui permettant de prétendre au bénéfice d'une retraite qu'à l'âge de 65 ans, ce dont elle avait eu connaissance par l'inscription de cette profession sur la première demande d'adhésion. »

– Cf. également J. Kullmann, *RGDA* 2006, n° 3, p. 736.

agricole avait souscrit différents emprunts auprès de la Caisse régionale du Crédit agricole mutuel, pour chacun desquels il avait adhéré à l'assurance de groupe consentie par la Caisse nationale de prévoyance (CNP) garantissant le décès et l'invalidité totale et définitive. Par la suite, le médecin conseil de la Caisse de mutualité sociale agricole avait reconnu l'exploitant agricole inapte à exercer la profession d'agriculteur. L'emprunteur avait alors demandé à bénéficier de la garantie de l'assurance de groupe, ce que la CNP avait refusé au motif que l'exploitant agricole pouvait exercer une activité rémunérée.

Condamné à régler le montant des emprunts, l'emprunteur/assuré avait alors assigné l'établissement de crédit pour manquement à son obligation d'information et de conseil en ayant fait souscrire aux époux une assurance inadaptée. La cour d'appel avait confirmé le jugement déboutant les époux de leur action au motif que les clauses du contrat d'assurance étaient claires et sans ambiguïté, qu'en conséquence l'établissement de crédit ne devait pas une information supplémentaire²⁰². Par arrêt du 26 mai 2004, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait cassé la décision d'appel au visa de l'article 1147 du code civil au motif qu'il appartenait à la cour d'appel « de rechercher si la Caisse avait rempli son devoir d'information et de conseil à l'égard de son adhérent²⁰³ ». Par arrêt du 8 février 2006, la cour de renvoi avait confirmé à nouveau le jugement en retenant « qu'en présence [d'une] clause claire et précise, les époux D. ne pouvaient ignorer que l'assurance de groupe ne couvrirait que l'invalidité totale et définitive et ne s'étendait pas à la seule inaptitude à la profession d'agriculteur [...]; que la Caisse, qui n'avait pas l'obligation de conseiller à M. D. de souscrire une assurance complémentaire, n'a[*vait*] pas manqué à son obligation de conseil et d'information²⁰⁴ ».

Dès lors, le second pourvoi devait être examiné par l'assemblée plénière à qui était posée la question de savoir si l'obligation d'information et de conseil était ou non satisfaite par la remise d'une notice d'information claire et explicite.

Des associations de consommateurs, ainsi que la Fédération bancaire française, ont été invitées à donner leur avis. Les associations de consommateurs se sont montrées favorables à la mise en œuvre d'un devoir de conseil, tandis que la Fédération bancaire française a considéré que la remise d'une notice claire et précise permettait d'assurer la mise en garde nécessaire.

Dans un attendu de principe, l'assemblée plénière a affirmé 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 cette obligation ».

202. CA Poitiers, 20 novembre 2001.

203. Com., 26 mai 2004, pourvoi n° 02-11.504.

204. CA Limoges, 8 février 2006.

L'obligation consacrée par l'assemblée plénière est de nature contractuelle. L'assurance de groupe est proposée dans le cadre des relations contractuelles de l'établissement de crédit et de l'emprunteur. La Cour de cassation a précédemment eu l'occasion de préciser que « c'est à l'occasion d'une opération de banque qu'il pratique habituellement que l'établissement de crédit, dont la responsabilité est recherchée sur le fondement de l'obligation contractuelle d'information qui lui incombe en sa qualité de souscripteur de l'assurance de groupe, a proposé aux emprunteurs d'adhérer à l'assurance dont ils sollicitent le bénéfice²⁰⁵ ».

Cette obligation semble bénéficier à tout emprunteur puisque l'assemblée plénière n'opère pas de distinction entre adhérent profane et adhérent averti, à la différence de la jurisprudence bien établie concernant le devoir de mise en garde de l'établissement dispensateur de crédit. Cette absence de distinction entre averti et profane signifie-t-elle que toute personne mérite protection ? Dans son rapport devant l'assemblée plénière, le rapporteur s'était demandé s'il était vraiment utile de distinguer entre averti et profane, dans la mesure où la majorité des assurés est profane. Dans des décisions postérieures, la Cour de cassation a confirmé qu'il n'y avait pas lieu de distinguer entre averti et profane²⁰⁶.

Les différentes chambres de la Cour de cassation ont par la suite mis en œuvre la jurisprudence issue de l'arrêt d'assemblée plénière et repris son attendu de principe²⁰⁷, dont le contenu doit être précisé.

2.2. Le contenu de l'obligation d'éclairer (obligation de conseil ou de mise en garde ?)

L'obligation d'éclairer semble nouvelle dans le paysage juridique. La première chambre civile de la Cour de cassation avait toutefois déjà eu recours à cette expression dans un arrêt rendu le 12 juillet 2005²⁰⁸. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avait considéré que la banque

205. 2^e Civ., 24 février 2005, *Bull.* 2005, II, n° 43, pourvoi n° 04-11.182.

206. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a censuré la cour d'appel qui avait pris en compte les compétences personnelles de l'emprunteur pour écarter l'obligation d'éclairer pesant sur le banquier (2^e Civ., 2 avril 2009, pourvoi n° 07-15.139, *RGDA* 2009, n° 3, p. 832 et s.). Dans un arrêt en date du 3 septembre 2009, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a cassé l'arrêt qui retenait que « la banque lui a remis avant la signature du contrat de prêt les deux notices d'information concernant les deux contrats d'assurance de groupe qu'elle avait contractés ; qu'étant médecin et ayant déjà effectué des opérations immobilières comportant un prêt et l'adhésion à une assurance de groupe, M. T. pouvait choisir en connaissance de cause entre les deux assureurs, la société AGF et la société GAN, en considération des risques couverts et du montant différent des primes à payer, sans que la banque ait à l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur au-delà de l'information complète que les notices remises comportaient », 2^e Civ., 3 septembre 2009, pourvoi n° 08-13.952.

207. Cf. 1^{re} Civ., 14 juin 2007, pourvoi n° 06-12.205 ; 2^e Civ., 2 octobre 2007, pourvoi n° 05-13.765 ; 2^e Civ., 20 mars 2008, pourvoi n° 07-10.378 ; 2^e Civ., 2 octobre 2008, *Bull.* 2008, II, n° 201, pourvoi n° 07-15.276 et *Bull.* 2008, II, n° 202, pourvoi n° 07-16.018 ; 1^{re} Civ., 22 janvier 2009, *Bull.* 2009, I, n° 7, pourvoi n° 07-19.867 ; 1^{re} Civ., 2 avril 2009, pourvoi n° 07-16.670 ; 2^e Civ., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-20.400.

208. 1^{re} Civ., 12 juillet 2005, *Bull.* 2005, I, n° 326, pourvoi n° 03-10.115.

devait « éclairer sa cliente sur les avantages et inconvénients du choix entre le recours au crédit et l'utilisation de l'épargne existante pour couvrir le solde débiteur d'un compte de dépôt²⁰⁹ ». Selon le conseiller rapporteur, l'obligation en cause se distingue bien de l'obligation d'information et s'analyse comme une obligation de conseil du banquier, obligation qui n'est pas retenue par la chambre commerciale de la Cour de cassation à la charge des banquiers.

Les auteurs rapprochent l'obligation d'éclairer de deux autres obligations : le devoir de conseil et l'obligation de mise en garde. L'obligation de conseil « consisterait à agir sur la décision du cocontractant en l'éclairant sur l'opportunité du contrat, sur ses avantages et inconvénients²¹⁰ » et l'obligation de mise en garde aurait pour but « d'attirer l'attention du contractant et de l'avertir sur un risque, un aspect négatif du contrat²¹¹ ».

À la lecture de l'arrêt du 2 mars 2007, l'obligation d'éclairer consisterait dans l'analyse de « la situation personnelle de l'emprunteur et de ses besoins à travers des critères relevant tant de la situation de l'emprunteur que des caractéristiques du crédit et des risques couverts²¹² ». L'obligation d'éclairer remplacerait partiellement le devoir d'information et de conseil. En effet, l'obligation d'information subsiste, tandis que le devoir de conseil se voit substituer l'obligation d'éclairer. Cette obligation d'éclairer serait d'une plus faible intensité que le devoir de conseil, puisque : « Éclairer, c'est rendre compréhensible. Conseiller, c'est donner un avis pour modifier la conduite de quelqu'un. Alors que le devoir de conseil impose au banquier une action positive, à savoir aider l'adhérent à tirer les conséquences d'une inadéquation de la police à ses besoins en lui préconisant une orientation voire un comportement, l'obligation d'éclairer exige du banquier qu'il attire simplement l'attention de son client sur la non-adéquation de l'assurance. Charge alors au client de prendre ou non les mesures qui lui semblent s'imposer²¹³. »

Une partie de la doctrine distingue l'obligation d'éclairer du devoir de mise en garde au motif que ce dernier s'appliquerait dans des situations différentes. Le devoir de mise en garde s'appliquerait au banquier dispensateur de crédit, tandis que l'obligation d'éclairer s'appliquerait en matière d'adhésion à une assurance de groupe. Pour une autre partie, en revanche, l'obligation d'éclairer serait une voie médiane entre le conseil et la mise en garde.

Un autre courant estime que : « Pour ne pas être redondante avec la notice, que l'on supposera claire et précise, l'obligation d'éclairer implique d'attirer spécialement l'attention de l'emprunteur adhérent sur l'adéquation de la couverture des risques à sa situation personnelle²¹⁴. » Ce qui n'est pas sans susciter de difficultés, dans la mesure où l'assurance de

209. Alain Gourio, « Renforcement de l'obligation d'information du banquier prêteur auprès de son client adhérent au contrat d'assurance de groupe », *JCP* 2007, éd. G, II, 10098.

210. Jamel Djoudi et François Boucard, « La protection de l'emprunteur profane », *D.* 2008, chron. p. 503.

211. *Ibid.*

212. Jean-François Riffard, « Éclairages sur les obligations du banquier en matière d'assurance couvrant la défaillance de l'emprunteur », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 6, novembre 2007, dossier 30.

213. *Ibid.*

214. Alain Gourio, « Renforcement de l'obligation d'information du banquier prêteur auprès de son client adhérent au contrat d'assurance de groupe », *JCP* 2007, éd. G, II, 10098.

groupe « n'est pas par nature une assurance personnalisée ». Il s'agirait dès lors de délivrer une information particulière sur les inadaptations manifestes du contrat. Cependant, l'arrêt d'assemblée plénière ne distingue pas entre l'inadaptation et l'inadaptation manifeste.

C'est pourquoi certains considèrent que l'obligation d'éclairer constitue une obligation de conseil personnalisé et autonome²¹⁵.

Un auteur, J. Kullmann, pour sa part, considère que : « Ce récent principe implique, pour sa mise en œuvre, la conjonction de deux devoirs. Le premier veut que soit mise en lumière, ou avouée, l'inadéquation du contrat d'assurance de groupe. Il s'agit là d'une mise en garde, puisque la banque propose un contrat d'assurance tout en soulignant que si l'emprunteur s'en contente, il disposera de garanties qui ne sont pas adaptées à sa situation personnelle ; le produit est en quelque sorte incomplet. [...] Le second devoir consiste en un conseil : ayant ainsi prévenu l'emprunteur contre les insuffisances du contrat d'assurance de groupe, l'établissement doit poursuivre sa tâche en conseillant à son client de souscrire une assurance complémentaire, qui lui permettra d'être garanti conformément à ses besoins²¹⁶. »

La Cour de cassation a fait référence à cette obligation d'éclairer dans des arrêts postérieurs à l'arrêt d'assemblée plénière²¹⁷. Elle considère que l'obligation d'éclairer ne se limite pas à la seule obligation d'information. Elle affirme en effet que « la connaissance par [l'assurée] des stipulations du contrat d'assurance de groupe auquel elle avait adhéré ne pouvait dispenser chacun des banquiers de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts par ces stipulations, fussent-elles claires et précises, à sa situation personnelle d'emprunteur²¹⁸ ». Il s'agit pour le banquier d'éclairer les emprunteurs en fonction de leur situation personnelle ou professionnelle²¹⁹.

Depuis, dans son article L. 520-1-II-2°, le code des assurances a institué une obligation d'information et de conseil renforcée à la charge des intermédiaires d'assurances, dont les banques qui adoptent ce statut, applicable à compter du 30 avril 2007.

215. Marc Bruschi, « L'obligation de conseil des intermédiaires d'assurance et la garantie invalidité des professionnels de santé », *Lamy Assurances*, juin 2008, actualités, n° 151.

216. J. Kullmann, note sous l'arrêt du 2 octobre 2007 rendu par la deuxième chambre civile, *RGDA* 2008, p. 171-172.

217. 2^e Civ., 14 juin 2007, *Bull.* 2007, II, n° 163, pourvoi n° 03.19.229 : « Vu l'article 1147 du code civil ; Attendu que le banquier, qui mentionne dans l'offre de prêt que celui-ci sera garanti par un contrat d'assurance souscrit par l'emprunteur auprès d'un assureur choisi par ce dernier, est tenu de vérifier qu'il a été satisfait à cette condition ou, à tout le moins, de l'éclairer sur les risques d'un défaut d'assurance. » Voir aussi 2^e Civ., 20 mars 2008, pourvoi n° 07-10.378 ; 2^e Civ., 2 octobre 2008, *Bull.* 2008, II, n° 201, pourvoi n° 07-15.276 et *Bull.* 2008, II, n° 202, pourvoi n° 07-16.018 ; 2^e Civ., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-20.400.

218. 1^{re} Civ., 22 janvier 2009, *Bull.* 2009, I, n° 7, pourvoi n° 07-19.867.

219. 1^{re} Civ., 2 avril 2009, pourvoi n° 07-16.670 : « Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la banque avait éclairé les époux P. sur les conséquences de ce refus de garantie, compte tenu, notamment, de leur âge et de leur situation professionnelle, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé. »

2.3. Exécution de l'obligation, preuve et sanction du manquement du banquier

La mise en œuvre de cette obligation « d'éclairer l'emprunteur/assuré » soulève une question : Que doit faire le banquier pour exécuter son obligation ? Peut-il se contenter de lire la notice avec l'emprunteur ? Doit-il au contraire la lui expliquer ? Il s'agit en réalité de faire état des insuffisances de l'assurance, pour que l'emprunteur futur assuré sache en quoi il sera garanti, et quelles garanties pourront lui faire défaut. Pour ce faire, le banquier devra tenir compte de la situation personnelle de l'emprunteur. Il ne s'agit pas là de personnaliser l'assurance, mais de personnaliser l'information sur l'assurance.

Comment le banquier pourra-t-il prouver qu'il s'est bien exécuté ? Devra-t-il faire signer un nouveau document ? Et si tel est le cas, ce document consistera-t-il en une simple décharge, ou celui-ci devra-t-il explicitement mentionner les informations sur lesquelles le banquier a attiré l'attention du futur assuré ? La jurisprudence de la Cour de cassation n'a pas encore donné de réponses à ces questions.

Quelle est la sanction du manquement du banquier ? La jurisprudence de la Cour de cassation a clairement établi que le manquement du banquier à l'obligation d'éclairer le client sur l'inadaptation de la garantie au risque engage sa responsabilité contractuelle.

Le préjudice causé s'analyse en la perte de chance d'avoir souscrit une assurance adaptée, et par voie de conséquence d'avoir pu être exonéré partiellement ou en totalité de la charge de l'emprunt. Dès lors, seul le dommage certain pourra faire l'objet d'une réparation.

3. CONCLUSION

La jurisprudence de la Cour de cassation a évolué. Elle a su concilier la nécessaire protection des emprunteurs/assurés et les nécessités de la vie économique. Il a été observé que « la solution retenue, si elle va incontestablement dans le sens d'une meilleure protection de l'emprunteur, ne met pas pour autant à la charge du banquier des obligations démesurées lui imposant de s'immiscer dans les affaires de son client²²⁰ ».

Et il a été relevé que : « En deux années, la Cour de cassation a remarquablement fait évoluer le régime juridique de l'assurance des emprunteurs. De façon plus générale [...], son œuvre fait cruellement ressortir l'inertie du législateur français qui serait bien inspiré de s'interroger sur l'opportunité d'une réforme globale de notre droit du contrat d'assurance, à l'instar des Pays-Bas, par exemple²²¹. »

220. Francis J. Crédot et Thierry Samin, « Obligation du banquier prêteur d'éclairer l'adhérent emprunteur », *Revue de droit bancaire et financier*, 2007, n° 3, 93.

221. J. Kullmann, *RGDA* 2008, n° 1, p. 172.

Vulnérabilité et droit de la sécurité sociale

Qu'ils relèvent de l'intervention publique ou de l'initiative privée, qu'ils procèdent des principes de la solidarité nationale et du service public ou bien des règles du marché, les systèmes de protection sociale ont pour objet, par les prestations qu'ils distribuent, de préserver en tout ou partie leurs ressortissants des effets des risques et aléas de l'existence. Ce faisant, ils concourent incontestablement à réduire la *vulnérabilité*, au sens général du terme, des personnes face aux risques et charges liés à l'âge, à la santé ou à l'emploi.

La couverture des risques de l'existence s'inscrit toutefois, d'un système à l'autre, dans des perspectives bien distinctes : on ne saurait ranger sous une même bannière l'aide sociale, la sécurité sociale, la mutualité et les couvertures collectives de retraite et de prévoyance et les couvertures relevant de l'assurance et de l'épargne. Les publics auxquels elles s'adressent, la substance et le montant des prestations, les conditions de leur financement et de leur gestion, les principes dont elles procèdent diffèrent considérablement, de même que les règles de droit tant internes qu'internationales et européennes qui leur sont applicables.

Pour autant, ces couvertures revêtent, au regard de la notion de vulnérabilité, une caractéristique commune : c'est la règle de droit dans son principe même qui constitue la réponse à la vulnérabilité face aux risques et aléas de l'existence des personnes auxquelles elle s'applique, règle qui revêt d'ailleurs fréquemment un caractère accentué d'ordre public.

C'est au bénéfice de ces observations préalables qu'il conviendra de s'interroger sur l'apport en la matière de la jurisprudence (successivement de la chambre sociale et de la deuxième chambre civile).

On abordera les principes directeurs de la jurisprudence en la matière avant de revenir, plus longuement, sur l'évolution du régime de la faute inexcusable de l'employeur ou de son préposé dans le domaine des accidents du travail et des maladies professionnelles.

1. LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE SÉCURITÉ SOCIALE

Appelée à faire application de règles de droit au caractère accentué d'ordre public, la Cour de cassation veille, lorsqu'elle en détermine la portée, à préserver une interprétation somme toute conforme à l'objet que ses fondateurs ont assigné à la sécurité sociale, à savoir et pour reprendre la formule de lord Beveridge : « Libérer l'homme du besoin ».

On examinera à cette fin deux séries de questions bien distinctes.

1.1. L'interprétation extensive des règles du droit de la sécurité sociale touchant au champ d'application et aux prestations des régimes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole

La Cour de cassation veille ainsi à retenir une interprétation extensive des dispositions législatives et réglementaires de manière à étendre, autant que faire se peut, le champ d'application de la protection contre les risques. On en retiendra plusieurs illustrations.

1.1.1. Il en va ainsi, en premier lieu, de l'application des règles d'assujettissement aux différents régimes et, en particulier, au régime général de la sécurité sociale. En interprétant, dès les années 1960 (Ch. réun., 23 juin 1966, *Bull.* 1966, Ch. réun., n° 3, pourvoi n° 62-10.004, « Société Prénatal c. CPAM du Nord-Finistère », et Ass. plén., 18 juin 1976, *Bull.* 1976, Ass. plén., n° 9, pourvoi n° 74-11.210, « CPAM de la Côte-d'Or et autre c. SA Hebdo-Presse » ; *D.* 1977, p. 173, note A. Jeammaud ; *JCP* 1977, éd. G, II, 18659, note Y. Saint-Jours), de façon extensive le critère d'assujettissement au régime général énoncé à l'article L. 311-2 du code de la sécurité sociale, la jurisprudence a contribué à étendre le bénéfice de la protection garantie par le régime général à nombre de travailleurs dont les conditions d'activité ne s'inscrivaient pas, au sens étroit du terme, dans la logique du salariat. Le resserrement du critère de la subordination juridique, opéré en 1996 (Soc., 13 novembre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 386, pourvoi n° 94-13.187, « Société générale c. URSSAF de la Haute-Garonne » ; *Dr. soc.* 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP* 1997, éd. E, II, 911, note J. Barthélémy ; *RJS* 12/94, n° 1425 ; *TPS* 1997, comm. 20, obs. X. Prétot), ne fait pas obstacle au rattachement au régime général des personnes qui sont soumises dans les faits à un donneur d'ordres en dépit de la forme donnée, le cas échéant, à leur relation de travail (2^e Civ., 20 mars 2008, pourvois n° 07-10.011 et 06-20.480).

Le législateur est d'ailleurs venu relayer, d'une certaine manière, l'effort entrepris par la jurisprudence, d'une part, en étendant le champ d'application, en tout ou partie, du régime général à de nouvelles catégories socioprofessionnelles (tel est l'objet, au premier chef, des dispositions, régulièrement complétées et modifiées, de l'article L. 311-3 du code de la sécurité sociale qui conduisent à l'assujettissement au régime général par assimilation de diverses catégories), d'autre part, en instituant de nouveaux régimes au profit des travailleurs indépendants et des exploitants agricoles, voire de l'ensemble de la population (prestations familiales et assurance maladie) et en harmonisant pour partie les droits ouverts au titre de ces derniers sur les règles propres au régime général.

1.1.2. L'analyse de la jurisprudence traduit également une préoccupation de même nature en ce qui concerne la définition des bénéficiaires des prestations des régimes de sécurité sociale.

Pour s'en tenir à quelques exemples significatifs, on mentionnera en ce sens :

– l'application des règles du mariage putatif pour l'attribution des droits de réversion en assurance vieillesse (Soc., 9 novembre 1995, *Bull.* 1995, V, n° 296, pourvoi n° 94-10.857 ; 2^e Civ., 16 septembre 2003, *Bull.* 2003, II, n° 268, pourvoi n° 02-30.224 ; 2^e Civ., 14 février 2007, pourvoi n° 05-21.816, ou 2^e Civ., 12 mars 2009, pourvoi n° 08-10.974)²²² ;

²²² Dans un registre voisin, la jurisprudence admet que la transcription du mariage postérieurement au décès de l'assuré ne saurait priver le conjoint survivant de ses droits à pension de réversion (Soc., 6 mai 1999, *Bull.* 1999, V, n° 196, pourvoi n° 97-13.718).

- l’acception largement entendue de la notion d’enfant à charge pour l’attribution des prestations familiales : ouvert par les dispositions du code de la sécurité sociale pour tout enfant dont l’allocataire « assure la charge effective et permanente », le droit aux prestations n’est pas subordonné à l’existence d’une obligation alimentaire, ni d’un titre juridique justifiant de la prise en charge de l’enfant (Soc., 25 novembre 1993, *Bull.* 1993, V, n° 293, pourvoi n° 88-12.631); le seul fait d’assumer la charge de l’enfant, fût-ce dans le cadre d’une opération de parrainage, ouvre droit au bénéfice des prestations (Soc., 5 mai 1995, pourvoi n° 92-13.230; *RJS* 1995, n° 707);
- la prise en compte sans restriction, pour la détermination du droit à la majoration de 10 % de la pension de vieillesse de l’assuré qui a eu ou élevé trois enfants au moins, non seulement des enfants dont la filiation, légitime, naturelle ou adoptive, est établie à l’égard de l’assuré (Soc., 6 novembre 1969, *Bull.* 1969, V, n° 594, pourvoi n° 68-10.704), mais également des enfants dont l’assuré a assumé, dans les faits, la charge pendant neuf ans au moins avant leur seizième anniversaire (Soc., 20 décembre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 442, pourvoi n° 98-22.154).

Au demeurant, la volonté d’étendre le champ d’application de la protection sociale aux personnes que leur situation rend particulièrement vulnérables aux risques s’accorde au souci de la Cour de cassation de faire échec, en recourant en particulier aux instruments internationaux et européens, aux discriminations que la législation opère parfois encore au détriment de certaines catégories. Ainsi la Cour a-t-elle conclu, s’agissant de l’attribution des prestations familiales du chef d’enfants étrangers dont la situation n’avait été pleinement régularisée que postérieurement à leur entrée sur le territoire national, à l’ouverture des droits rétroactivement à la date de leur entrée en France (Ass. plén., 16 avril 2004, *Bull.* 2004, Ass. plén., n° 8, pourvoi n° 02-30.157; *D.* 2004, somm. p. 2614, obs. X. Prétot)²²³.

1.1.3. La jurisprudence de la Cour de cassation s’inscrit dans une même perspective, s’agissant du régime juridique des prestations sociales.

La Cour de cassation fait ainsi une stricte application des dispositions du code de la sécurité sociale qui rendent les prestations familiales cessibles et saisissables : érigée en principe (Soc., 26 octobre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 351, pourvoi n° 98-20.809), l’interprétation stricte de l’article L. 553-4 du code de la sécurité sociale fait ainsi obstacle à l’action engagée par un commerçant pour le recouvrement de créances correspondant à des dépenses alimentaires (2^e Civ., 10 janvier 1968, *Bull.* 1968, II, n° 12); la saisie des prestations familiales ne saurait, de même, inclure les frais d’exécution inhérents à la saisie, ceux-ci n’ayant pas été exposés dans l’intérêt de l’enfant (Soc., 26 octobre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 351, pourvoi n° 98-20.809).

Une même observation s’impose quant à l’application des règles de prescription. Ainsi la prescription biennale n’est-elle opposable, pour l’attribution du capital-décès, aux ayants droit de l’assuré décédé que lorsque ceux-ci ont eu effectivement connaissance du décès (Soc., 9 mars 1995, *Bull.* 1995, V, n° 82, pourvoi n° 92-13.992; *RJS* 1995, n° 432); il appartient, dès lors, au juge du fond de s’assurer que l’ayant droit qui demande le capital-décès a été

223. Sur la question, cf. *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2008, p. 120-122.

dans l'impossibilité d'agir dans les deux ans du décès pour avoir ignoré celui-ci de manière objective et raisonnable (2^e Civ., 5 juin 2008, *Bull.* 2008, II, n^o 131, pourvoi n^o 06-20.571).

On mentionnera enfin les solutions retenues par la Cour de cassation s'agissant du régime du recours exercé par les organismes de sécurité sociale à l'encontre de la personne tenue à réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à la personne. C'est d'une manière purement prétorienne que la jurisprudence a entendu ainsi faire obstacle à l'action exercée par l'organisme tiers payeur lorsque le dommage est imputable à un proche de la victime : si le tiers payeur peut solliciter le paiement de ses débours lorsqu'il dirige son action contre l'assureur de l'auteur du fait dommageable (Soc., 14 décembre 1989, *Bull.* 1989, V, n^o 718, pourvoi n^o 85-12.274; *D.* 1991, somm. p. 129, obs. X. Prétot; *RJS* 1990, n^o 169), il ne peut agir de la sorte en revanche lorsque, l'action étant dirigée contre l'un des proches de la victime, elle porterait atteinte, par ricochet, aux droits de celle-ci (Ass. plén., 3 juin 1983 [deux arrêts], *Bull.* 1983, Ass. plén., n^o 6, pourvois n^o 81-10.934 et 81-14.664; *D.* 1983, p. 537, concl. J. Cabannes; *JCP* 1983, éd. G, II, 20121, note Y. Chartier – Soc., 6 février 1992, *Bull.* 1992, V, n^o 80, pourvoi n^o 89-20.414 – 2^e Civ., 4 novembre 2003, *Bull.* 2003, II, n^o 333, pourvoi n^o 02-14.087; *Dr. soc.* 2004, p. 120, obs. X. Prétot).

1.1.4. La jurisprudence de la Cour de cassation relative aux couvertures complémentaires de prévoyance et de retraite s'inscrit dans une même perspective.

L'application des dispositions de la loi n^o 89-1009 du 31 décembre 1989 qui précise les règles communes à la couverture des risques relevant de la prévoyance, donne lieu ainsi à une jurisprudence particulièrement ferme quant à la garantie des droits des bénéficiaires. Ainsi ne peut-il être dérogé par voie contractuelle aux dispositions d'ordre public de l'article 4 de la loi qui prévoient le maintien à l'ancien salarié de la couverture santé résultant de l'assurance de groupe souscrite par l'employeur (2^e Civ., 7 février 2008, *Bull.* 2008, II, n^o 25, pourvoi n^o 06-15.006; *JCP* 2008, éd. S, 1227, note F. Kessler et Y.-E. Logeais). De même la Cour de cassation tient-elle fermement la main à l'application des dispositions de l'article 7 de la loi du 31 décembre 1989 qui réputent la résiliation ou le non-renouvellement du contrat ou de la convention en matière de garanties collectives sans effet sur les prestations immédiates ou différées dès lors qu'elles sont acquises ou nées durant l'exécution du contrat (Soc., 16 janvier 2007, *Bull.* 2007, V, n^o 7, pourvoi n^o 05-43.434; *Dr. soc.* 2007, p. 500, obs. J. Barthélémy – 2^e Civ., 19 juin 2008, pourvoi n^o 07-16.579; 3 juillet 2008, pourvoi n^o 05-17.136, 23 octobre 2008, pourvoi n^o 07-19.382).

La jurisprudence veille de même à la stricte application des dispositions qui régissent la tarification des prestations garanties par les opérateurs. Ainsi la hausse des tarifs des opérations de couverture des risques relevant de la prévoyance doit-elle être uniforme pour l'ensemble des assurés ou adhérents couverts par la garantie (2^e Civ., 10 juin 2004, *Bull.* 2004, II, n^o 280, pourvoi n^o 03-13.503). De même le juge doit-il veiller, s'agissant des mutuelles, à l'application des dispositions de l'article L. 112-1 du code de la mutualité qui n'habilite celles-ci à n'instaurer de différences dans le niveau des prestations qu'en fonction des cotisations versées ou de la situation de famille des intéressés (Soc., 16 novembre 2000, *Bull.* 2000, V, n^o 376, pourvoi n^o 99-10.608; *TPS* 2001, comm. 33, obs. X. Prétot).

1.2. Les relations entre les organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole et leurs usagers

1.2.1. La Cour de cassation s'est efforcée, de longue date, d'atténuer le déséquilibre qui caractérise, par la force des choses, les relations entre les organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole et leurs usagers.

S'agissant ainsi des modalités applicables à la demande des prestations, qui déterminent, fréquemment, la date d'effet de la prestation ainsi, le cas échéant, que l'application des règles de la prescription biennale, la jurisprudence a entendu faire échec aux excès de formalisme. Certes, lorsque la demande de prestation doit être formulée, aux termes de la réglementation, sur un imprimé déterminé, la formalité doit recevoir application (Soc., 22 novembre 1990, *Bull.* 1990, V, n° 588, pourvoi n° 89-10.043 – 2^e Civ., 13 décembre 2007, pourvoi n° 06-20.889); dans le silence des textes en revanche, la demande de prestation ne saurait être soumise à aucune forme particulière (Soc., 11 juillet 2002, *Bull.* 2002, V, n° 262, pourvoi n° 01-10.001).

La jurisprudence s'avère également, au fil du temps, ferme quant au devoir d'information et de conseil qui incombe aux organismes sociaux à l'égard de leurs usagers, tout manquement au devoir d'information et de conseil étant susceptible d'engager la responsabilité de l'organisme à l'égard de l'utilisateur (Soc., 4 mars 1999, pourvoi n° 96-14.752 – 2^e Civ., 25 mai 2004, *Bull.* 2004, II, n° 234, pourvoi n° 02-30.997 et 16 octobre 2008, *Bull.* 2008, II, n° 212, pourvoi n° 07-18.493). Les manquements à l'obligation d'information et de conseil peuvent conduire, le cas échéant, à l'annulation de la décision de l'organisme : ainsi jugé au sujet de l'information de l'assuré sur les conditions, il est vrai singulièrement complexes, du rachat des cotisations pour l'ouverture des droits à pension de vieillesse (Soc., 12 octobre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 324, pourvoi n° 98-15.831)²²⁴.

Destinées à protéger les bénéficiaires des garanties souscrites, les obligations en matière d'information et de conseil propres aux couvertures complémentaires de prévoyance et de retraite font également l'objet d'une jurisprudence stricte, notamment lorsque, la garantie revêtant un caractère collectif, les salariés ne sont pas directement parties prenantes à la négociation et à l'évolution de la couverture. Ainsi le seul envoi d'une notice générale ne vaut pas information sur l'étendue et les conditions de la garantie souscrite (2^e Civ., 13 juillet 2006, *Bull.* 2006, II, n° 205, pourvoi n° 05-10.958 et 2^e Civ., 25 janvier 2007, *Bull.* 2007, II, n° 17, pourvoi n° 05-19.700); de même, la modification des conditions d'attribution de telle prestation figurant au contrat n'est-elle opposable à l'assuré que pour autant qu'il en a été averti par une information écrite (1^{re} Civ., 1^{er} février 2000, *Bull.* 2000, I, n° 31, pourvoi n° 96-16.459); enfin le souscripteur ou l'assureur ne sauraient s'en remettre, dans le cas de l'assurance de groupe, à un intermédiaire ou à un courtier du soin d'informer les assurés (2^e Civ., 10 juin 2004, pourvoi n° 02-10.824 et 15 mai 2008, *RJS* 2008, n° 1038).

224. Cette évolution devrait d'ailleurs être confirmée s'agissant de l'information en matière de retraite, les obligations des organismes en la matière ayant été considérablement renforcées par les dispositions de la loi n° 2003-778 du 21 août 2003 (article L. 161-17 du code de la sécurité sociale) et de ses décrets d'application (articles R. 161-10 et s., et D. 161-2-1-2 et s. du même code).

1.2.2. S'il est exact qu'elle répond aux exigences des principes du droit répressif non pénal tels qu'ils découlent des stipulations de l'article 6 (matière pénale) de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de leur interprétation par la Cour européenne des droits de l'homme, l'évolution de la jurisprudence relative au régime des sanctions prononcées par les organismes de sécurité sociale traduit également le souci de protéger les usagers.

S'agissant, plus particulièrement, des sanctions prononcées par les organismes d'assurance maladie, sanctions qui prennent la forme, notamment, de la suppression de tout ou partie des indemnités journalières attribuées en cas de congé de maladie, la Cour de cassation a entendu, voici quinze ans, subordonner la validité même de la sanction au caractère volontaire du manquement à ses obligations reproché à l'assuré social (Soc., 16 juin 1994, *Bull.* 1994, V, n° 200, pourvoi n° 92-14.612; *D.* 1996, somm. p. 38, obs. X. Prétot; *RJS* 1994, n° 906 – le litige se rapportait, en l'espèce, à la sanction infligée à un assuré qui n'avait pu être contrôlé, faute pour lui d'avoir indiqué le code d'entrée de l'immeuble où il demeurait). Plus récemment, la Cour de cassation a précisé, revenant sur une jurisprudence ancienne en la matière, qu'il appartient au juge du contentieux général de la sécurité sociale de se prononcer, le cas échéant, sur l'adéquation de la sanction à la gravité des faits qui la justifient (2° Civ., 19 février 2009, *Bull.* 2009, II, n° 60, pourvoi n° 07-20.374; *RJS* 2009, n° 471).

La jurisprudence s'accorde en la matière, on se doit de le souligner, à l'évolution des dispositions législatives et réglementaires, les textes les plus récents soumettant désormais explicitement au contrôle entier du juge les sanctions prononcées par les organismes de sécurité sociale à l'égard de leurs usagers (cf. l'article L. 323-6, dernier alinéa, du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004).

1.2.3. Mention doit être faite enfin de la jurisprudence relative à la mise en cause de la responsabilité extracontractuelle des organismes sociaux.

Initialement subordonnée soit à la démonstration d'une faute caractérisée de l'organisme, soit à l'existence d'un préjudice anormal en résultant pour l'utilisateur du service public, la responsabilité des organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole est régie désormais par les règles du droit commun de la responsabilité extracontractuelle, autrement dit par les dispositions des articles 1382 et suivants du code civil (Soc., 12 juillet 1995, *Bull.* 1995, V, n° 242, pourvoi n° 93-12.196; *D.* 1996, somm. p. 45, obs. X. Prétot; *Dr. soc.* 1995, p. 939, obs. X. Prétot; *RJS* 1995, n° 1046).

S'il importe qu'une faute, au sens de l'article 1382 du code civil, puisse être retenue à la charge de l'organisme et qu'elle ait causé un dommage à l'utilisateur, la responsabilité de l'organisme est susceptible d'être engagée chaque fois qu'il manque aux obligations qui lui incombent pour l'exécution de ses missions de service public. Il en va ainsi, tout particulièrement, en cas de manquement aux obligations d'information et de conseil (cf. les arrêts cités au paragraphe 1.2.1.) ou encore en cas de retard ou d'omission dans l'instruction, la liquidation et l'attribution des prestations (Soc., 4 mars 1999, pourvoi n° 96-14.752).

Le développement de la responsabilité civile des organismes est d'autant mieux venu que le caractère d'ordre public qui s'attache, d'ordinaire, aux règles du droit de la sécurité sociale interdit au juge d'en écarter l'application, motif pris des fautes commises par l'organisme

dans ses rapports avec l'utilisateur. La condamnation de l'organisme à indemnité, une indemnité au besoin égale au montant des droits litigieux, vient ainsi compenser, en quelque sorte, la perte des droits aux prestations à laquelle l'utilisateur a été exposé à raison des fautes commises par l'organisme.

On relèvera que la jurisprudence s'attache, de même, à mettre en jeu la responsabilité des opérateurs qui interviennent pour la couverture des risques relevant de la prévoyance et de la retraite. L'observation s'impose, naturellement, quant aux manquements aux obligations d'information et de conseil (Soc., 29 mars 1990, *Bull.* 1990, V, n° 151, pourvoi n° 87-14.550; 1^{re} Civ., 24 février 2004, pourvoi n° 02-14.406; Soc., 5 avril 2006, pourvoi n° 04-42.105; Soc., 12 mars 2008, pourvoi n° 07-40.665; 1^{re} Civ., 10 juin 1986, *Bull.* 1986, I, n° 157, pourvoi n° 85-10.703). Elle vaut également s'agissant de la gestion par les organismes intéressés des dossiers individuels de leurs ressortissants (Soc., 30 mai 1996, *Bull.* 1996, V, n° 217, pourvoi n° 94-16.007).

2. LA REFORGE DU RÉGIME DE LA FAUTE INEXCUSABLE DE L'EMPLOYEUR

Notre système actuel de réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles est issu de la loi du 9 avril 1898 qui a posé le principe d'une indemnisation automatique mais forfaitaire : le salarié est assuré de recevoir une indemnisation dès lors qu'il démontre que l'accident est survenu « par le fait ou à l'occasion du travail », sans qu'il soit nécessaire de démontrer la faute de l'employeur.

En contrepartie, cette réparation est forfaitaire, et le salarié ne saurait se retourner contre l'employeur.

Si ce régime ne concernait dans un premier temps que les accidents, la loi du 25 octobre 1919 étendit cette législation aux maladies professionnelles.

Enfin l'institution de la sécurité sociale, par les ordonnances des 4 et 19 octobre 1945, et la loi du 30 octobre 1946, substituaient à la responsabilité individuelle de l'employeur une responsabilité collective sur la base d'une assurance obligatoire pour tous les employeurs, ceux-ci cotisant aux caisses de sécurité sociale qui se chargeaient du règlement des indemnités à la place des compagnies d'assurance privées.

Ce système de réparation du risque professionnel perdure aujourd'hui selon les mêmes bases.

Mais si les articles L. 411-1 et L. 461-1 du code de la sécurité sociale organisent une présomption d'imputabilité au travail en faveur du salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, l'article L. 451-1 du même code interdit à la victime ou ses ayants droit toute action de droit commun contre l'employeur, et ces litiges relèvent de la compétence exclusive des juridictions de sécurité sociale.

Par ailleurs, la reconnaissance du caractère professionnel de l'accident ou de la maladie, si elle est fondée sur une présomption d'imputabilité, n'ouvre droit qu'à une réparation forfaitaire.

La prise en charge de la maladie ou de l'accident du salarié victime va être assurée par la caisse primaire, qui va lui verser des indemnités journalières jusqu'à la date de guérison ou de consolidation, puis, le cas échéant, en cas de subsistance d'une incapacité permanente, lui allouer une rente.

Il ne peut par contre solliciter de son employeur l'indemnisation d'aucun autre des chefs de préjudice qu'il pourrait faire valoir.

Si la loi du 9 avril 1898 a, en son temps, considérablement amélioré le sort des salariés, la situation des victimes d'accident du travail et de maladies professionnelles apparaît ainsi, de nos jours, plus précaire que celle des victimes « de droit commun » qui ont droit à une indemnisation intégrale, une telle action n'étant ouverte aux salariés victimes que lorsque l'accident du travail est dû, en tout ou partie, à la faute d'un tiers, ou dans le cas – exceptionnel – d'une faute volontaire de l'employeur.

C'est pourquoi, si la jurisprudence a toujours rappelé le principe de l'interdiction faite par l'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale au salarié victime d'un accident du travail de toute action de droit commun à l'encontre de son employeur²²⁵, elle a par contre restreint la notion d'ayant droit aux personnes énumérées aux articles L. 434-7 à L. 434-14 du code de la sécurité sociale qui perçoivent des prestations en cas de décès accidentel de leur auteur²²⁶, excluant tous ceux qui, dans l'instance en cours, ne pouvaient prétendre à une quelconque indemnisation au titre de la législation professionnelle²²⁷.

225. 2^e Civ., 22 février 2007, *Bull.* 2007, II, n° 53, pourvoi n° 05-11.811. Aucune action en réparation des accidents du travail ou des maladies professionnelles ne peut être exercée conformément au droit commun contre l'employeur par la victime ou ses ayants droit. Par suite, encourt la cassation l'arrêt qui accueille la demande de la salariée d'une association, victime d'un accident du travail causé par l'un des pensionnaires de celle-ci, en retenant que l'association n'était assignée en qualité d'employeur, mais en qualité de civilement responsable du pensionnaire qu'elle avait sous sa garde. Voir aussi 2^e Civ., 16 novembre 2004, *Bull.* 2004, II, n° 491, pourvoi n° 02-21.013 : viole l'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale la cour d'appel qui, pour accueillir la nouvelle demande en réparation du même préjudice fondée sur les dispositions de l'article 1384, alinéa premier, du code civil, relève que l'employeur n'est pas assigné en cette qualité mais comme gardien de l'échelle ayant provoqué la chute du salarié à l'origine de l'accident du travail.

226. Ass. plén., 2 février 1990, *Bull.* 1990, Ass. plén., n° 2, pourvoi n° 89-10.682. L'expression d'ayants droit figurant dans l'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale vise uniquement les personnes énumérées aux articles L. 434-7 à L. 434-14 du même code, qui perçoivent des prestations en cas de décès accidentel de leur auteur. Le conjoint de la victime d'un accident du travail, lorsque la victime a survécu, n'a pas la qualité d'ayant droit au sens de l'article L. 451-1 et peut, dès lors, être indemnisé de son préjudice personnel selon les règles du droit commun. Ainsi, lorsqu'un salarié a été grièvement blessé au cours de son travail, alors qu'il se trouvait transporté dans un véhicule conduit par un salarié de la même entreprise, son épouse est recevable à agir contre ce dernier pour obtenir la réparation de son préjudice personnel découlant du fait qu'elle ne peut plus mener une vie normale auprès de son mari grabataire, ni espérer avoir d'enfant.

227. Cf. 2^e Civ., 17 septembre 2009, pourvoi n° 08-16.484. L'expression d'ayants droit figurant dans l'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale visant uniquement les personnes énumérées aux articles L. 434-7 à L. 434-14 du code de la sécurité sociale qui perçoivent des prestations en cas de décès de leur auteur, les dispositions de l'article L. 452-3 de ce code ne font pas obstacle à ce que les ascendants ou descendants d'une victime d'un accident mortel dû à une faute inexcusable de l'employeur qui n'ont pas droit à une rente au sens des articles précités, puissent être indemnisés de leur préjudice moral selon les règles du droit commun.

Une indemnisation complémentaire peut cependant être attribuée en cas de faute inexcusable de l'employeur.

Si le principe est qu'il s'agit également d'une indemnisation forfaitaire, limitée aux seuls préjudices prévus par les textes, le sort du salarié victime est cependant considérablement amélioré, puisqu'il peut alors prétendre à une majoration de la rente, à la réparation de certains chefs de préjudice limitativement énumérés, et, qu'en cas d'accident suivi de mort, ses ayants droit peuvent demander à l'employeur réparation du préjudice moral devant la juridiction précitée.

Une première définition de la faute inexcusable a été donnée par un arrêt des chambres réunies du 15 juillet 1941 dit « arrêt Villa » : « La faute inexcusable retenue par l'article 20-3 de la loi du 9 avril 1898 doit s'entendre d'une faute d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant (de la faute intentionnelle) par le défaut d'un élément intentionnel. »

Cette définition limitait très fortement la possibilité d'obtenir une indemnisation complémentaire, et ce alors même que se développaient en parallèle des régimes de responsabilité sans faute.

Comme l'écrit le doyen Ollier²²⁸ : « [...] une telle faute n'a longtemps été admise qu'à titre tout à fait exceptionnel. Cependant, depuis quelques années, la jurisprudence, consciente sans doute de la disparité croissante entre le régime de réparation des accidents du travail, même amélioré par la loi du 6 décembre 1976, qui permettait au salarié victime d'être indemnisé de certains postes de préjudice personnel en cas de faute grave de l'employeur, et le régime de réparation de droit commun, lui-même constamment amélioré, en particulier par la loi du 5 juillet 1985 pour les victimes d'accidents de la circulation, admettait de plus en plus fréquemment l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur. Les juridictions, et la Cour de cassation elle-même, répétaient inlassablement la définition rappelée ci-dessus, tout en déclarant inexcusables des fautes dont l'exceptionnelle gravité n'était pas immédiatement apparente [...] ».

C'est ainsi que, dans sept décisions publiées du 28 février 2002 que la doctrine désignera par la suite comme les « arrêts amiante », la chambre sociale de la Cour de cassation a adopté une nouvelle définition de la faute inexcusable de l'employeur, en matière de maladie professionnelle, en énonçant : « En vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés dans l'entreprise ; le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver²²⁹ ».

228. Pierre Ollier, « La responsabilité de l'employeur en matière d'accident du travail et de maladies professionnelles », *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2002, p. 109.

229. Soc., 28 février 2002, *Bull.* 2002, V, n° 81, pourvois n° 00-10.051, 99-21.255, 99-17.201, 99-17.221, et autres.

Il suffit désormais au salarié de démontrer la conscience du danger qu'avait, ou aurait dû avoir, son employeur, et l'absence de mesures nécessaires pour l'en préserver, pour pouvoir prétendre à une indemnisation complémentaire.

Tirant les conséquences de cette nouvelle définition, fondée sur l'obligation de sécurité qui pèse sur l'employeur, en raison du contrat de travail lui donnant autorité sur le salarié, la chambre sociale va ensuite décider que peut être admise, à titre de faute inexcusable de l'employeur, toute faute qui aura été une cause nécessaire de l'accident, sans exiger désormais que celle-ci en soit la cause déterminante²³⁰.

Par ailleurs, abandonnant sa jurisprudence antérieure, selon laquelle la majoration de rente à laquelle le salarié pouvait prétendre en cas de faute inexcusable devait être appréciée en fonction de la gravité de la faute de l'employeur²³¹, la chambre sociale a décidé, dans un arrêt du 19 décembre 2002, que cette majoration de rente ne pouvait être réduite en fonction de la gravité plus ou moins importante de la faute de l'employeur, mais seulement en cas de faute inexcusable du salarié²³².

Par suite, et même si le texte de l'article L. 452-2 du code de la sécurité sociale prévoit simplement que la rente majorée ne peut excéder la fraction de salaire correspondant à la réduction de capacité qui lui est reconnue après consolidation, il a été décidé que la majoration de rente devait toujours être fixée au maximum prévu par ce texte²³³, et ce peu important l'éventuelle faute d'un tiers, en concours avec la faute inexcusable de l'employeur²³⁴.

Quant à la définition de la faute inexcusable du salarié, elle a été fixée pour la première fois dans un arrêt du 27 janvier 2004, qui indique que « présente un tel caractère la faute volontaire du salarié, d'une exceptionnelle gravité, exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience²³⁵ ».

Cette solution a été reprise par l'arrêt de l'assemblée plénière du 24 juin 2005, à propos de la demande présentée par un salarié qui, alors qu'il aidait un collègue de travail à déplacer un échafaudage métallique pour le ranger, comme à l'habitude, sur le côté d'un bâtiment, avait été gravement blessé, cet échafaudage, surélevé le matin même, ayant heurté une ligne électrique.

230. Soc., 31 octobre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 336, pourvoi n° 00-18.359. Est indifférent que la faute inexcusable commise par l'employeur ait été la cause déterminante de l'accident du travail survenu à un salarié; il suffit qu'elle en soit une cause nécessaire pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée, alors même que d'autres fautes auraient concouru au dommage. Pour une décision antérieure exigeant que la faute de l'employeur soit la cause déterminante de l'accident, cf. par exemple : Soc., 11 mars 1993, *Bull.* 1993, V, n° 85, pourvoi n° 90-18.763.

231. Cf. Soc., 25 mars 1993, *Bull.* 1993, V, n° 100, pourvoi n° 91-15.227, et autres. La majoration de rente était alors considérée principalement comme une sanction, même si elle présentait un caractère indemnitaire.

232. Soc., 19 décembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 400, pourvoi n° 01-20.447.

233. Soc., 6 février 2003, *Bull.* 2003, V, n° 48, pourvoi n° 01-20.004.

234. 2° Civ., 2 novembre 2004, *Bull.* 2004, II, n° 478, pourvoi n° 03-30.206.

235. 2° Civ., 27 janvier 2004, *Bull.* 2004, II, n° 25, pourvoi n° 02-30.693.

Une cour d'appel ayant rejeté cette demande, au motif que la cause déterminante de l'accident était la faute de négligence du salarié, l'assemblée plénière a cassé sa décision, en retenant que l'employeur aurait dû avoir conscience du danger lié à la présence de la ligne électrique, et qu'il n'avait pas pris les mesures nécessaires pour en préserver son salarié.

Elle a par ailleurs décidé que la demande de majoration de la rente ne saurait être rejetée, une simple négligence n'ayant pas le caractère d'une faute inexcusable de la victime, caractérisée seulement par « une faute volontaire de la victime d'une exceptionnelle gravité l'exposant sans raison valable à un danger dont il aurait dû avoir conscience²³⁶ ».

On soulignera l'avantage ainsi accordé au salarié, qui n'a à répondre de sa faute inexcusable que s'il commet une faute volontaire d'une exceptionnelle gravité l'exposant sans raison valable à un danger dont il aurait dû avoir conscience (définition également adoptée par la deuxième chambre civile s'agissant de la faute inexcusable du piéton dans le cadre de la loi de 1985), alors que l'employeur est, quant à lui, tenu envers son salarié d'une obligation de sécurité de résultat.

236. Ass. plén., 24 juin 2005, *Bull.* 2005, Ass. plén., n° 7, pourvoi n° 03-30.038.



III

Contribution de la troisième chambre civile de la Cour de cassation

Les personnes vulnérables et le droit des baux d'habitation

0. INTRODUCTION

Trois constats s'imposent.

Un premier constat immédiat : la notion même de « personnes vulnérables » est inconnue du droit des baux en général et du droit des baux d'habitation en particulier, qui n'emploient pas ces termes. Seul le mineur lorsqu'il est propriétaire fait l'objet d'une protection expresse prévue dans le code civil à l'article 456, applicable aux majeurs protégés en vertu de l'article 495 du même code et remplacé depuis le 1^{er} janvier 2009 par l'article 504 qui dispose que les baux consentis par le tuteur ne confèrent au preneur, à l'encontre de la personne protégée devenue capable, aucun droit de renouvellement et aucun droit à se maintenir dans les lieux à l'expiration du bail, nonobstant toutes dispositions légales contraires.

Un deuxième constat : en plus des dispositions du code civil sur le contrat de louage, coexistent des lois, toutes d'ordre public, qui ont pour objet d'organiser un équilibre entre les intérêts du locataire à la recherche d'un logement et ceux du bailleur propriétaire d'un bien susceptible de satisfaire ce besoin. Réglementant la forme et le contenu du contrat de bail d'habitation, sa durée, son renouvellement ou sa reconduction, ses modes de transmission et sa cessation anticipée, son prix et la nature des charges et réparations locatives ainsi que les obligations des deux cocontractants, ces lois ont globalement été analysées comme protectrices du preneur, en ce qu'elles lui consentaient des droits restreignant les pouvoirs que le bailleur tirait de son droit de propriété. La loi du 6 juillet 1989, dont l'article premier s'ouvre avec l'énonciation du principe selon lequel le droit au logement est un droit fondamental, en est l'actuelle illustration. Les personnes que l'on considère ordinairement comme vulnérables parce que leur jeunesse, leur âge avancé, leurs déficiences physiques ou psychologiques ou encore leurs graves difficultés financières les mettent plus particulièrement en état de faiblesse et dans l'incapacité de défendre leurs droits, bénéficient, comme tous les locataires, de ces dispositions protectrices.

Un troisième constat est que des structures apparaissent plus spécialement vouées à accueillir des personnes généralement tenues pour vulnérables. C'est le cas des logements gérés par les organismes d'habitations à loyer modéré (HLM) auxquels le législateur assigne des missions toujours plus étendues, allongeant au fil des années la liste des personnes mal logées ou défavorisées qui ont vocation à bénéficier d'un logement social, ou encore celui des logements-foyers dont, tout récemment, la loi du 25 mars 2009 (article L. 633-1 du code de la construction et de l'habitation modifié) a précisé le rôle en énumérant, dans une liste non exhaustive, les personnes susceptibles d'y être accueillies (personnes âgées, personnes handicapées, jeunes travailleurs, étudiants, travailleurs migrants ou personnes défavorisées).

Or ces structures, soumises à des régimes spécifiques, sont exclues du champ d'application des textes de droit commun en matière de baux d'habitation et ne donnent guère lieu à des décisions de la Cour de cassation.

La tentation est donc grande de dire qu'une étude consacrée aux personnes vulnérables en droit des baux d'habitation au travers de la jurisprudence de la Cour de cassation est sans objet.

Toutefois, une lecture plus attentive des textes de droit commun révèle que des mesures dérogatoires y ont été prévues, destinées à assurer à certaines personnes une protection supplémentaire, dont les autres sont exclues. Il ne fait guère de doute que cet intérêt particulier manifesté par le législateur est la traduction de sa volonté de prendre en compte une certaine vulnérabilité. C'est en tout cas le parti qui sera pris ici.

Au corpus législatif composé des lois du 1^{er} septembre 1948, 23 décembre 1986 – cette loi n'a pas été entièrement abrogée et certaines des dispositions maintenues nous paraissent entrer dans le corps de cette étude – et 6 juillet 1989, se sont ajoutés les accords collectifs des 9 juin 1998 et 16 mars 2005, conclus, en application de l'article 41 *ter* de la loi du 23 décembre 1986, entre plusieurs organisations de bailleurs et de locataires et rendus obligatoires par décret aux deuxième et troisième secteurs locatifs, qui ont encore accru la protection du locataire à l'occasion des opérations particulières que sont les ventes par lots de plus de 10 logements dans un même ensemble immobilier, connues sous le nom de « ventes à la découpe ». Ces accords comprennent une partie consacrée à ce qu'ils désignent sous l'appellation « situations particulières » où la notion de vulnérabilité apparaît sous-jacente.

La présente étude se propose, dans un premier temps, de recenser les principaux critères de vulnérabilité retenus par ces différents textes en précisant l'approche qu'a pu en avoir la Cour de cassation, puis, dans un deuxième temps, d'examiner l'incidence que peut avoir la vulnérabilité sur les droits et les obligations du preneur, avant, dans un troisième temps, d'évoquer très rapidement quelques décisions éparses que la Cour de cassation a rendues en matière de baux et dans lesquelles la notion de vulnérabilité n'est pas tout à fait étrangère.

1. LES PRINCIPAUX CRITÈRES DE VULNÉRABILITÉ

Trois principaux critères se dégagent : l'âge, l'état physique, le niveau des ressources, qui se combinent parfois entre eux, pour ouvrir droit à une protection particulière.

1.1. L'âge

L'âge pris en compte varie entre 60, 65 et 70 ans : la loi du 1^{er} septembre 1948 retient les trois, la loi du 23 décembre 1986 celui de 65 et celle du 6 juillet 1989 ceux de 60 et 70 ans.

Les accords collectifs des 9 juin 1998 et 16 mars 2005 visent les locataires de plus de 70 ans, le second précisant que le locataire ne doit pas être assujéti à l'impôt sur la fortune.

L'enfant mineur ne jouit pas d'une protection particulière, si ce n'est, comme il a été déjà dit, lorsqu'il est propriétaire. Soulignons que la loi du 13 juillet 2006, qui a introduit la résiliation de plein droit du contrat de bail soumis aux dispositions de la loi du 1^{er} septembre 1948 en cas de décès du locataire ou d'abandon de domicile par celui-ci n'a pas prévu d'exception au profit du descendant mineur, lui conservant uniquement un droit au maintien dans les lieux, distinct du droit au bail, jusqu'à sa majorité (article 5 modifié de la loi du 1^{er} septembre 1948).

Une place à part est à réserver à l'étudiant, cité par les textes ayant trait aux logements sociaux au rang des personnes qui ont plus vocation que d'autres à en bénéficier. Relevons également sa place dans la législation des logements meublés, place qui vient d'être tout particulièrement rappelée dans un arrêt de la Cour de cassation (3^e Civ., 4 février 2009, *Bull.* 2009, III, n^o 30, pourvoi n^o 07-20.980) retenant que le logement meublé pris à bail par un étudiant constitue sa résidence principale, nonobstant toute clause contraire insérée au contrat de location. En adoptant cette position, la Cour de cassation a entendu affirmer le caractère applicable par principe des dispositions impératives de l'article L. 632-1 du code de la construction et de l'habitation aux étudiants qui ont recours aux logements meublés pour les besoins de leurs études et l'impossibilité pour le bailleur d'éluder la protection qu'elles instaurent.

1.2. L'état physique

Le mauvais état physique du locataire était expressément pris en compte dans la loi du 1^{er} septembre 1948 qui visait en particulier les invalides et les grands infirmes. Il l'était également, dans les mêmes termes, par celle du 23 décembre 1986.

Le handicap, quel qu'il soit, fait tout naturellement entrer le locataire dans la catégorie de ceux qui peuvent prétendre en priorité à l'accès à un logement social ou à un foyer-logement.

Il a également été l'objet de la préoccupation des participants à la conclusion des accords collectifs du 9 juin 1998 et du 16 mars 2005 qui ont développé une acception singulièrement large du locataire méritant une protection renforcée. Le premier vise, en effet, les locataires dont l'état de santé présente « un caractère de gravité reconnu » ou qui souffrent d'un handicap physique ou « d'une dépendance psychologique établie » ou encore présentent une « situation dûment justifiée ». Le second ne fait plus référence à la notion floue de « situation dûment justifiée » ou à celle, moins imprécise mais passablement indéterminée, de « dépendance psychologique établie » mais s'intéresse aux locataires dont l'état de santé est « médicalement reconnu grave » ou dont l'incapacité invalidante est d'au moins 80 %. La subjectivité importante qui entourait les critères retenus par l'accord du 9 juin 1998 s'est ainsi trouvée atténuée dans celui du 16 mars 2005.

Précisons que la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur la portée de l'accord collectif du 9 juin 1998 (son appréciation ne devrait pas être différente pour l'accord du 16 mars 2005) : elle a, en effet, consacré son caractère d'ordre public (3^e Civ., 9 janvier 2008, *Bull.* 2008, III, n^o 2, pourvoi n^o 06-18.856) et, plus récemment, a statué sur son applicabilité immédiate aux opérations de ventes par lots en cours, en retenant que les sociétés

bailleresse devaient respecter les formalités d'ordre public de cet accord qui leur était devenu applicable, peu important que la date à laquelle elles avaient décidé de l'opération fût antérieure à son entrée en vigueur, et ce à peine de nullité des congés pour vendre délivrés (3^e Civ., 24 juin 2009, *Bull.* 2009, III, n^o 156, pourvois n^o 08-14.731 et 08-14.732) et que, en particulier, elles étaient tenues de procéder à l'examen au cas par cas des dossiers des locataires bénéficiant d'une protection particulière (3^e Civ., 8 juillet 2009, *Bull.* 2009, III, n^o 171, pourvoi n^o 08-15.934).

Le mauvais état physique du preneur n'est, en revanche, pas mentionné dans la loi du 6 juillet 1989, si ce n'est à son article premier, alinéa 3 (impossibilité pour le bailleur de refuser la location à une personne en raison de son état de santé ou de son handicap), et à son article 15 I (droit de bénéficier d'un délai de préavis abrégé).

L'alinéa 3 de l'article premier de la loi du 6 juillet 1989 a été introduit par la loi du 17 janvier 2002 dans la perspective de lutter contre les discriminations, l'état de santé ou le handicap n'étant que deux motifs inadmissibles de refus parmi les autres (origine, patronyme, apparence physique, sexe, situation de famille, mœurs, orientation sexuelle, opinions politiques, activités syndicales ou appartenance ou non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée), et n'a pas donné lieu à de décision de la Cour de cassation.

Cette dernière a, en revanche, eu à se prononcer sur l'application de l'article 15 I de la loi du 6 juillet 1989 qui ouvre aux locataires âgés de plus de 60 ans « dont l'état de santé justifie un changement de domicile » la faculté de délivrer congé avec un délai de préavis réduit à un mois. Deux arrêts retiendront l'attention, en dépit du fait qu'ils n'aient pas été publiés : le premier (3^e Civ., 29 janvier 2002, pourvoi n^o 00-18.664), qui peut apparaître sévère pour les locataires qui avaient donné congé en raison de leur âge et de leur état de santé ne leur permettant plus, selon eux, de résider dans des lieux insuffisamment chauffés et bruyants et s'appuyaient sur des certificats médicaux établissant qu'ils avaient besoin d'un environnement calme et peu bruyant, rappelle qu'il leur incombait de démontrer que le chauffage était insuffisant et qu'ils ne pouvaient se constituer de titre à eux-mêmes ; le second, plus favorable aux preneurs (3^e Civ., 6 novembre 2001, pourvoi n^o 00-14.096) retient que l'état de santé du locataire âgé de plus de 60 ans qui justifie un changement de domicile ouvre droit au bénéfice du délai de préavis réduit, peut important qu'il fût ancien (les juges du fond ayant, dans cette espèce, subordonné l'ouverture du droit à la justification d'un accident de santé récent).

Notons, encore, l'introduction par la loi du 13 décembre 2000 de la notion de « logement décent » qui ne doit pas laisser « apparaître de risques manifestes pouvant porter atteinte à la sécurité physique ou à la santé » (article 6 de la loi) et ouvre un droit à une mise en conformité sans remise en cause du bail (article 20-1 de la loi) : ainsi, si l'état physique du locataire n'est pas spécifiquement pris en considération par la loi du 6 juillet 1989, il ne peut cependant, par lui-même, le priver d'un droit d'accès au logement ni se trouver indéfiniment menacé voire aggravé par le mauvais état de ce logement.

1.3. Le niveau des ressources

C'est le critère-clé qui ouvre droit à un surcroît de protection en matière de baux d'habitation. Volontiers exigé en sus d'un âge avancé ou d'un mauvais état physique, il révèle que la vulnérabilité que souhaite protéger le législateur est d'abord de nature économique. C'est aussi celui qui donne lieu à un contentieux abondant.

La définition du niveau de ressources susceptible d'ouvrir droit à des dispositifs dérogatoires n'est pas exactement la même d'un texte à l'autre.

Succinctement, il s'agit des ressources annuelles inférieures à une fois et demie le montant annuel du salaire minimum de croissance (SMIC) dans la loi du 1^{er} septembre 1948 (article 22 *bis*) et celle du 6 juillet 1989 (article 15 III), de ressources plafonnées par décret en fonction de la localisation géographique du logement et du nombre de personnes qui l'occupent pour celle du 23 décembre 1986 (article 29), du revenu inférieur à 80 ou 100 % de ressources prêts locatifs intermédiaires (PLI) pour les accords collectifs.

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser ce qu'il fallait entendre par ressources au sens des trois premiers textes.

Avant d'examiner cette approche, remarquons que les allocataires du revenu minimum d'insertion (RMI) bénéficiaient, à l'instar des locataires âgés de plus de 60 ans dont l'état de santé justifie un changement de domicile, du droit de délivrer congé en respectant un délai de préavis réduit à un mois (article 15 I de la loi du 6 juillet 1989) et que la Cour de cassation avait jugé (3^e Civ., 18 février 2003, *Bull.* 2003, III, n^o 39, pourvoi n^o 01-13.303) que le versement de cette allocation antérieure de plusieurs mois à la délivrance par le locataire d'un congé ne privait pas celui-ci du bénéfice d'un préavis abrégé. Le RMI ayant été remplacé par le revenu de solidarité active (RSA) depuis le 1^{er} juin 2009, sans que l'article 15 I de la loi du 6 juillet 1989 ait été, pour le moment, modifié, il est permis de se demander si cet avantage – qui n'est pas ouvert par le texte au chômeur, l'absence d'emploi n'étant pas assimilable à une perte d'emploi (3^e Civ., 4 avril 2001, *Bull.* 2001, III, n^o 42, pourvoi n^o 99-15.451 ; 3^e Civ., 3 décembre 2003, *Bull.* 2003, III, n^o 217, pourvoi n^o 02-14.411) – perdurera.

Faisant une stricte application de l'article premier du décret du 12 juin 1987 (abrogé par le décret n^o 2006-1679, rédigé, toutefois, sur ce point, en termes identiques) pris en application de l'article 29 de la loi du 23 décembre 1986, la Cour de cassation a retenu que les ressources à prendre en compte pour l'application de cet article étaient celles qui constituaient le revenu net imposable perçu au cours de l'année civile précédente, tel que le calculait l'administration fiscale elle-même (3^e Civ., 16 décembre 1992, *Bull.* 1992, III, n^o 322, pourvoi n^o 91-10.507 ; 3^e Civ., 29 juin 1994, *Bull.* 1994, III, n^o 130, pourvoi n^o 92-16.948) et qu'il comprenait, notamment, les revenus des capitaux mobiliers soumis, selon le choix du contribuable, au prélèvement libératoire (3^e Civ., 29 novembre 1995, *Bull.* 1995, III, n^o 245, pourvoi n^o 93-16.882).

Si la définition du seuil à retenir dans la loi du 1^{er} septembre 1948 et dans celle du 6 juillet 1989 fait pareillement référence à une fois et demie le montant annuel du SMIC, le calcul du montant des ressources qui doit en être rapproché est tout à fait différent d'une loi à l'autre.

C'est ainsi que l'article 22 *bis* de la loi du 1^{er} septembre 1948 précisant que, pour le calcul des ressources de l'occupant, il est tenu compte de celles des personnes vivant avec lui d'une manière effective et permanente, la Cour de cassation a jugé que devait être pris en compte le montant total des ressources annuelles de l'occupant et des personnes vivant avec lui de manière effective et permanente, sans possibilité de division des ressources aux fins d'opérer une moyenne, comme avaient cru pouvoir le faire les cours d'appel censurées (3^e Civ., 18 octobre 1989, *Bull.* 1989, III, n° 191, pourvoi n° 88-13.506; 3^e Civ., 13 mars 1991, *Bull.* 1991, III, n° 88, pourvoi n° 89-17.122).

À l'article 15 III de la loi du 6 juillet 1989, aucune précision de ce type n'étant apportée, la Cour de cassation a, au contraire, retenu qu'il n'y avait pas lieu de cumuler les ressources des occupants et que, pour le calcul des ressources du locataire âgé de plus de 70 ans, les ressources de chacun des colocataires devaient être appréciées séparément (3^e Civ., 15 juin 1994, *Bull.* 1994, III, n° 121, pourvoi n° 92-15.082; 3^e Civ., 19 juillet 2000, *Bull.* 2000, III, n° 146, pourvoi n° 98-20.636). Ce mode de calcul, qui isole le locataire que le législateur a entendu protéger, est ainsi favorable à ce dernier, puisqu'il n'est, notamment, pas tenu compte des ressources de son conjoint, cotitulaire légal du bail.

Les ressources, qui s'apprécient à la date de notification du congé, sont toutes celles qui sont déclarées à l'administration fiscale, avant tout abattement ou déduction (3^e Civ., 18 février 1998, *Bull.* 1998, III, n° 36, pourvoi n° 96-18.125). Au visa de l'article 22 *bis* de la loi du 1^{er} septembre 1948 (3^e Civ., 20 janvier 1988, *Bull.* 1988, III, n° 11, pourvoi n° 86-16.357), la Cour de cassation avait abandonné au pouvoir souverain des juges du fond la décision de retenir qu'une plus-value importante perçue par les locataires revêtait un caractère exceptionnel et ne pouvait, de ce seul fait, être prise en considération. Très récemment (3^e Civ., 16 septembre 2009, *Bull.* 2009, III, n° 190, pourvoi n° 08-15.589), elle a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour retenir que les ressources de la locataire excédaient le seuil légal, s'était bornée à relever que la preneuse était propriétaire d'un bien immobilier qu'elle avait vendu dans l'année, sans justifier du emploi du capital ainsi obtenu. Par cette décision, la Cour de cassation a montré son souci de contrôler que la protection accordée au locataire âgé ne fût écartée qu'après examen, à la bonne date, des ressources annuelles de ce dernier.

S'est également posée la question du SMIC à prendre en compte. Il n'était pas douteux que ce devait être le SMIC brut, soit son montant avant déduction des cotisations sociales, car la Cour de cassation l'avait déjà jugé au visa de la loi du 1^{er} septembre 1948 (3^e Civ., 21 décembre 1988, *Bull.* 1988, III, n° 185, pourvoi n° 87-17.956), mais sur quelle base devait-il être calculé lorsque la période concernée était celle du 31 décembre 2003 au 31 décembre 2004, et que la durée légale hebdomadaire du travail avait été ramenée à trente-cinq heures : s'agissait-il du SMIC obtenu à partir du SMIC mensuel brut calculé sur la base de cent soixante-neuf heures ou de celui obtenu à partir du SMIC mensuel brut calculé sur la base de 151,67 heures de travail ? La Cour de cassation a répondu à cette question (3^e Civ., 30 septembre 2009, *Bull.* 2009, III, n° 206, pourvoi n° 08-18.352) en approuvant une cour d'appel d'avoir opté pour la solution la plus favorable au locataire, considérant que la simple référence dans le texte au SMIC sans allusion particulière à la durée légale du travail permettait cette analyse.

Lorsque la lettre même du texte ne le lui interdit pas, il est ainsi clair que la Cour de cassation privilégie une interprétation en faveur de celui que le législateur a voulu plus particulièrement protéger.

2. L'INCIDENCE DE LA VULNÉRABILITÉ

Sa vulnérabilité crée au profit du locataire des droits, mais ne l'affranchit pas de ses obligations.

2.1. La vulnérabilité est créatrice de droits

Ne seront ici examinés que les principaux dispositifs protecteurs mis en place, qui concernent, d'un texte à l'autre, les locataires disposant de ressources modiques. Ils sont de deux grands types : ceux qui donnent d'emblée la possibilité au locataire de se maintenir dans les lieux loués aux mêmes conditions, ceux qui lui donnent d'abord le droit de prétendre à un relogement et, à défaut d'offre satisfaisante seulement, lui permettent de demeurer dans les lieux.

2.1.1. Le droit de se maintenir dans les lieux aux mêmes conditions

Les articles 28, 30 et 33 de la loi du 23 décembre 1986 prévoient, pour les bailleurs de logements soumis aux dispositions de la loi du 1^{er} septembre 1948 classés en sous-catégorie II B ou II C, la possibilité de proposer à leurs locataires ou occupants de bonne foi un bail de huit ans à l'expiration duquel les locaux sont soumis aux dispositions de la loi du 6 juillet 1989, le loyer étant fixé par référence aux loyers non régis par la loi du 1^{er} septembre 1948 habituellement pratiqués dans le voisinage au cours des trois dernières années pour les logements comparables.

L'article 29 de la loi du 23 décembre 1986, en son alinéa premier, dispose que les dispositions de l'article 28 ne sont pas opposables au locataire ou occupant de bonne foi dont les ressources, cumulées avec celles des autres occupants du logement, sont inférieures à un seuil fixé par décret. L'article 31, alinéa 3, de la loi du 23 décembre 1986 impartit au locataire ou occupant de bonne foi un délai de deux mois à compter de la réception de la proposition du bailleur pour faire connaître au bailleur, en présentant les justifications, qu'il remplit les conditions de l'article 29.

La Cour de cassation a eu à se prononcer sur la nature du délai de deux mois, durant lequel le locataire devait justifier remplir les conditions pour s'opposer à la proposition d'un bail de huit ans. Après avoir jugé qu'il s'agissait d'un délai de forclusion (3^e Civ., 17 juillet 1992, *Bull.* 1992, III, n° 255, pourvoi n° 90-18.217 ; 3^e Civ., 18 mai 1994, *Bull.* 1994, III, n° 100, pourvoi n° 91-22.273), elle a récemment adopté la solution inverse (3^e Civ., 10 décembre 2008, *Bull.* 2008, III, n° 201, pourvoi n° 07-20.027). Mais il ne s'agit pas là d'un véritable revirement de jurisprudence. La Cour de cassation s'est, en effet, attachée en l'espèce à tirer

les conséquences de la modification apportée par la loi du 6 juillet 1989 à l'article 31, qui, dans sa rédaction d'origine, spécifiait que le silence du locataire l'exposait à se voir imposer le contrat proposé et que son désaccord, sans saisine du juge, entraînait sa déchéance de tout droit d'occupation, et qui prévoit, désormais, qu'en cas d'absence d'accord des parties et à défaut de saisine du juge dans les six mois de la délivrance de la proposition de contrat de location le local demeure soumis aux dispositions de la loi du 1^{er} septembre 1948. Cette décision est révélatrice du souci de la Cour de cassation de tenir compte de l'esprit d'un texte, lorsque le législateur y apporte de si importantes retouches. En échappant au bail de huit ans, le locataire démuné non seulement continue à bénéficier du régime particulièrement protecteur de la loi du 1^{er} septembre 1948, mais il évite également l'obligation de payer un loyer réévalué.

Une autre mesure de ce dispositif, qui s'adresse cette fois aux locataires âgés de plus de 65 ans ou handicapés, mérite qu'on s'y arrête. Il s'agit de celle (article 29, alinéa 3, de la loi du 23 décembre 1986) qui fait bénéficier ces locataires, à l'issue du bail de huit ans auquel ils n'auront pu s'opposer en raison de leurs ressources supérieures au seuil légal, du droit au maintien dans les lieux prévu à l'article 4 de la loi du 1^{er} septembre 1948. Il n'est plus, en l'occurrence, question de condition de ressources, et pourtant l'une des conséquences importantes de cette disposition est de supprimer pour ceux qui en bénéficient toute revalorisation du loyer s'il venait à s'avérer manifestement sous-évalué. C'est ce que vient récemment de juger la Cour de cassation (3^e Civ., 10 décembre 2008, *Bull.* 2008, III, n° 200, pourvoi n° 08-10.319) qui a écarté l'application des dispositions de l'article 17 c de la loi du 6 juillet 1989 à l'égard de locataires âgés de plus de 65 ans à l'expiration du bail de huit ans qui leur avait été consenti.

La protection de locataires vulnérables économiquement ou physiquement est ici maximale.

2.1.2. Le droit de prétendre à une offre de relogement

La loi du 1^{er} septembre 1948, en son article 22 *bis*, ouvre au locataire âgé de plus de 70 ans dont les ressources ne dépassent pas un certain seuil précédemment analysé, le droit de s'opposer à la reprise voulue par un bailleur qui n'accompagne pas son congé d'une offre de relogement.

La loi du 6 juillet 1989, en son article 15 III, a mis en place un mécanisme similaire, en faveur du locataire âgé de plus de 70 ans aux ressources modestes, en prévoyant que le bailleur ne peut s'opposer au renouvellement de son contrat en lui donnant congé, sans qu'un logement correspondant à ses besoins et à ses possibilités lui soit offert dans certaines limites géographiques. La Cour de cassation a précisé que l'offre de relogement, pour être valable, devait survenir avant l'expiration du contrat en cours (3^e Civ., 1^{er} juillet 1998, *Bull.* 1998, III, n° 146, pourvoi n° 96-16.761). Elle vient de juger (3^e Civ., 16 septembre 2009, déjà cité, *Bull.* 2009, III, n° 190, pourvoi n° 08-15.589) qu'il était attendu des juges du fond une vérification de l'adéquation du logement proposé aux besoins et possibilités du locataire au regard de ses ressources.

Les deux dispositifs mis en place par ces deux lois ne sont, cependant, pas identiques. En effet, l'un comme l'autre prévoient au profit du bailleur personne physique ce qu'on peut appeler une contre-exception qui répond à la règle dérogatoire dont bénéficie le locataire vulnérable, mais cette contre-exception n'exige pas la réunion des mêmes conditions.

Aux termes de la loi du 1^{er} septembre 1948, le droit de reprise sans offre de relogement ne peut être exercé, contre un locataire vulnérable, au profit d'un bénéficiaire de moins de 65 ans, alors que la loi du 6 juillet 1989 écarte l'application des dispositions favorables au locataire vulnérable dès lors que le bailleur est une personne physique âgée de plus de 60 ans ou que ses ressources sont inférieures à une fois et demie le montant annuel du SMIC (la Cour de cassation veille à ce que le bailleur qui invoque des ressources modestes pour s'affranchir de l'obligation de proposer un autre logement à son locataire vulnérable justifie de toutes ses ressources, en particulier de celles qu'il peut percevoir dans le pays étranger dont il a la nationalité : 3^e Civ., 13 juillet 1999, *Bull.* 1999, III, n° 167, pourvoi n° 97-19.046).

Plusieurs observations sur cette contre-exception s'imposent :

- la loi du 6 juillet 1989 instaure en faveur du locataire vulnérable une protection qui s'efface en présence d'un bailleur tenu de ne remplir que l'une ou l'autre des deux conditions alternatives d'âge ou de ressources pour faire échec à cette protection, quand lui-même doit réunir cumulativement les deux conditions pour l'acquérir, l'âge exigé de sa part étant, de surcroît, plus élevé ;
- la loi du 6 juillet 1989, à la différence de celle du 1^{er} septembre 1948, fait peser sur le bailleur les conditions ci-dessus rappelées, et non sur le bénéficiaire de la reprise, ce qui n'interdit pas, le cas échéant, une reprise du bien loué en faveur d'un bénéficiaire jeune et prospère, sous réserve qu'il figure dans la liste limitative des proches du bailleur énumérés à l'article 15 I (conjoint, partenaire d'un pacte civil de solidarité, concubin notoire depuis au moins un an, ascendants, descendants ou ceux du conjoint, partenaire ou concubin notoire). La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de confirmer qu'il n'était, en effet, pas nécessaire que le bailleur fût lui-même le bénéficiaire de la reprise dans un arrêt rendu sous l'empire de la loi du 22 juin 1982, aisément transposable sous celui de la loi du 6 juillet 1989 (3^e Civ., 4 novembre 1992, *Bull.* 1992, III, n° 287, pourvoi n° 90-11.215).

Le législateur a ainsi clairement choisi d'accorder au bailleur méritant un intérêt particulier en raison de son âge ou de la modicité de ses ressources une protection primant celle du locataire.

La question s'est posée de savoir ce qu'il en était lorsque seul un des cobailleurs avait atteint l'âge de 60 ans, la loi étant muette sur ce point. La Cour de cassation y a répondu (3^e Civ., 29 avril 2009, *Bull.* 2009, III, n° 91, pourvoi n° 08-11.513) en retenant qu'il suffisait que l'un des deux époux bailleurs fût âgé de plus de 60 ans pour que pût être adressé un congé sans offre de relogement. La solution, que la majorité de la doctrine appelait de ses vœux, était prévisible en l'état de la solution déjà admise, selon laquelle le preneur âgé de plus de 70 ans doit seul remplir la condition des ressources faibles, peu important qu'il eût un copreneur plus jeune ou doté de ressources supérieures : un parallélisme entre la situation des preneurs et celle des bailleurs s'imposait. Elle se situe, en outre, en cohérence avec une décision non publiée (3^e Civ., 1^{er} mars 1995, pourvoi n° 93-15.255) par laquelle la Cour

de cassation avait censuré l'arrêt d'une cour d'appel pour avoir annulé le congé délivré par des propriétaires indivis au profit de l'un d'eux en retenant qu'il n'avait pas été délivré par une personne physique âgée de plus de 60 ans, sans rechercher si l'un des cobailleurs ne remplissait pas la condition de ressources : cela révélait assez l'opinion de la Cour suivant laquelle il suffisait que l'une ou l'autre des conditions légales fût remplie par l'un quelconque des cobailleurs. Cette position vient d'être réaffirmée dans une espèce où les bailleurs coindivisaires atteignaient le nombre de 19 (3^e Civ., 16 septembre 2009, *Bull.* 2009, III, n^o 189, pourvoi n^o 08-13.701).

2.2. La vulnérabilité n'affranchit pas le locataire de ses obligations

Le locataire vulnérable n'est pas moins qu'un autre tenu de remplir toutes les obligations pesant sur le preneur.

C'est ainsi que la loi du 6 juillet 1989 n'exonère pas le locataire vulnérable du paiement d'un loyer fortement revalorisé lorsque, à l'occasion du renouvellement du bail, le bailleur s'avisant qu'il est manifestement sous-évalué, engage la procédure prévue à l'article 17 c. On aurait pu imaginer un mécanisme inspiré des dispositions évoquées plus haut de l'article 29 de la loi du 23 décembre 1986 qui aurait permis au preneur vulnérable de se soustraire à une augmentation de loyer, autre que celle résultant de la simple application de la clause d'indexation, ou encore inspiré des dispositions de l'article 15 III susvisées, obligeant le bailleur, sous réserve qu'il ne fût pas lui-même digne d'un intérêt particulier, à proposer au locataire vulnérable un nouveau logement, demeurant conforme à ses possibilités. On sait, en effet, que le plus sûr moyen d'obtenir le départ d'un locataire est encore de lui réclamer un loyer qui excède ses capacités financières.

Le locataire vulnérable n'est pas non plus dispensé de l'obligation d'user paisiblement des lieux loués. Sa vulnérabilité ne lui confère aucune immunité et il n'est en conséquence pas à l'abri d'une procédure de résiliation de bail non seulement pour les troubles qu'il cause personnellement, mais également pour ceux qui sont le fait de personnes qu'il héberge. Or, il n'est pas rare qu'un locataire vulnérable, au sens premier du terme en raison des déficiences physiques ou psychologiques qui l'affectent et ont conduit à le placer sous protection judiciaire, se laisse imposer chez lui la présence d'individus qui nuisent au voisinage. Tel était le cas dans une espèce où la Cour de cassation a rejeté un pourvoi (3^e Civ., 10 novembre 2009, pourvoi n^o 08-21.874, en cours de publication) soutenant principalement que les motifs tirés de la personnalité fragile du locataire placé sous curatelle, que les juges du fond avaient retenus pour rejeter une demande de résiliation de bail, étaient inopérants. En renvoyant sans ambiguïté l'appréciation de la situation au pouvoir souverain des juges du fond, la Cour de cassation a entendu signifier que la vulnérabilité du locataire était un des aspects parmi d'autres que les juges du fond étaient libres de retenir, sans toutefois qu'il leur en fût fait obligation.

3. QUELQUES DÉCISIONS ÉPARSES DE LA COUR DE CASSATION DANS LESQUELLES LA NOTION DE VULNÉRABILITÉ N'EST PAS TOTALEMENT ÉTRANGÈRE

Pour compléter cette étude, il est apparu intéressant d'évoquer quelques décisions diverses de la Cour de cassation qui, sans se rattacher directement au droit des baux d'habitation tel qu'il vient d'être étudié, ne sont pas dépourvues de tout lien avec lui ni avec la notion de vulnérabilité.

La première a été rendue à propos d'un bail portant sur un local à usage mixte professionnel et d'habitation principale (3^e Civ., 19 novembre 2008, *Bull.* 2008, III, n^o 174, pourvoi n^o 07-15.508). La principale question posée était celle de savoir si un médecin, dûment autorisé par son bailleur à exercer sa profession dans partie du local qu'il louait, devait être de plein droit tenu pour responsable des dégradations commises par certains de ses patients dans les parties communes (les faits révélaient que le couloir et l'escalier de l'immeuble étaient souillés et qu'on y découvrait la présence de seringues et il n'était pas contesté que la clientèle de ce médecin était, en particulier, composée de toxicomanes et de bénéficiaires de la couverture maladie universelle). En refusant d'étendre la notion de « personnes de la maison » aux patients et répondant par la négative à cette question, la Cour de cassation a, notamment, voulu éviter qu'un médecin ne fût contraint soit d'opérer un tri parmi ses clients, en excluant ceux dont il supposerait le caractère indésirable dans l'immeuble, soit de déplacer son cabinet dans un quartier éloigné, risquant, dans les deux cas, de priver de ses soins ses patients les plus vulnérables.

La deuxième a trait à une question de transfert de bail (3^e Civ., 26 novembre 2008, *Bull.* 2008, III, n^o 186, pourvoi n^o 07-17.728). Par cet arrêt, la Cour de cassation a abandonné les critères de brusquerie et d'imprévisibilité qu'elle retenait jusqu'alors pour caractériser l'abandon de domicile visé à l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 et leur a substitué des critères mieux adaptés à une situation qui lui est apparue mériter d'entrer dans le champ d'application de ce texte, protecteur des intérêts des proches cohabitant depuis longtemps avec le locataire et subissant son départ. Il s'agissait, en l'espèce, de savoir si un fils qui avait toute sa vie vécu avec sa mère dans le logement pris à bail par celle-ci auprès d'un organisme d'HLM pouvait prétendre poursuivre le bail de cette dernière, hospitalisée, à la demande de son médecin, en raison de son grand âge et de son mauvais état physique consécutif puis, pour les mêmes raisons, définitivement placée en maison de retraite. La prise en compte implicite de la vulnérabilité de la mère basculant progressivement dans un état de dépendance qu'elle ne pouvait maîtriser et du fils auquel était imposé un départ définitif qu'il n'avait pas provoqué est ici certaine.

La troisième est relative aux immeubles insalubres (3^e Civ., 4 mars 2009, *Bull.* 2009, III, n^o 58, pourvoi n^o 07-20.578) dont on sait qu'ils sont surtout occupés par des personnes en situation de grande précarité et donc vulnérables. Par cette décision, la Cour de cassation a jugé que les dispositions immédiatement applicables à la demande de relogement formée par les occupants de l'immeuble étaient celles de l'ordonnance n^o 2005-1566 relative à la lutte contre l'habitat insalubre, pourtant entrée en vigueur postérieurement à la date

d'intervention de l'arrêté préfectoral ayant déclaré leur immeuble irrémédiablement insalubre, et elle a retenu en conséquence que l'obligation de relogement incombait désormais, en vertu des modifications apportées par cette ordonnance, indifféremment au propriétaire ou à l'exploitant de l'immeuble : elle a ainsi reconnu aux locataires, brusquement évincés de leur logement, la possibilité de réclamer leur relogement simultanément aux deux personnes responsables de leur situation et non successivement à leur bailleur puis au propriétaire, les mettant mieux à l'abri de la défaillance du premier.

La quatrième est l'une des rares décisions statuant sur une question spécifique aux organismes d'HLM (3^e Civ., 30 septembre 2009, *Bull.* 2009, III, n° 210, pourvoi n° 08-18.820). La Cour de cassation s'y est interrogée sur l'obligation devant être mise à la charge d'un organisme d'HLM de réexaminer en priorité la demande de mutation formulée en cours de bail par des locataires relevant d'une des catégories définies comme prioritaires pour obtenir l'attribution d'un logement social, afin de leur fournir un appartement mieux adapté à leurs besoins spécifiques. En écartant qu'une telle obligation, fût-elle de moyens, pût, en l'état des textes en vigueur, être imposée aux organismes d'HLM, elle a considéré que l'objectif donné aux bailleurs sociaux était d'ouvrir à tous ceux qui en étaient exclus un accès au logement, et que, dès lors que ceux-ci étaient attributaires d'un logement social, nécessairement décent, ils ne pouvaient prétendre à un examen en priorité de leur demande pour en obtenir un nouveau, plus approprié à leurs besoins spécifiques. Elle a ainsi distingué le cas des personnes vulnérables mal logées ou exclues du parc locatif privé de celui des personnes vulnérables bénéficiant déjà d'un logement social, les premières exigeant une réponse urgente et donc prioritaire, les autres pouvant plus aisément attendre.

4. CONCLUSION

Prise entre la nécessité d'interpréter strictement l'exception que constitue par définition un régime dérogatoire, et la volonté de donner toute sa place à une protection voulue par le législateur, la Cour de cassation a parfois dû choisir, et elle s'est le plus souvent déterminée de façon que les textes ne soient pas vidés de leur substance, veillant, notamment, à ce que les avantages accordés aux personnes vulnérables ne soient pas soumis à des conditions que la loi ne prévoyait pas. Elle a, en quelque sorte, considéré que le doute né du silence de la loi devait leur profiter.

De nouvelles questions surgissent dont la Cour de cassation n'a pas encore eu à connaître mais qui occupent déjà les tribunaux. Le législateur, en introduisant dans la loi du 6 juillet 1989 l'article 20-1 ouvrant la possibilité pour le locataire de demander une mise aux normes, avait pris soin de préciser que la validité du bail ne devait pas en être affectée, mais des bailleurs, dans l'incapacité financière de procéder à des travaux ou simplement peu désireux de les supporter, ont, pour certains, pris l'initiative de saisir les tribunaux afin d'obtenir la constatation de la résiliation de plein droit du bail sur le fondement des dispositions de l'article 1722 du code civil relatives à la perte totale de l'immeuble, en arguant de ce que le coût des travaux pour rendre le logement décent – que leur locataire n'avait pas réclamés – excéderait sa valeur. Si leur démarche est favorablement accueillie, certaines personnes

économiquement vulnérables ne vont-elles pas se trouver privées, dans les faits, de l'accès à un parc locatif qui les satisfaisait, devenant ainsi paradoxalement les premières victimes d'une législation destinée à les protéger ? Notons que le législateur s'est probablement soucié de cette situation qui, par une loi du 25 mars 2009, a ajouté à l'article 1719 du code civil un alinéa précisant que, « lorsque les locaux loués à usage d'habitation sont impropres à cet usage, le bailleur ne peut se prévaloir de la nullité du bail ou de sa résiliation pour demander l'expulsion de l'occupant ».

Enfin, on peut se demander si n'apparaissent pas de nouvelles « personnes vulnérables », qui, situées en dehors du champ d'application des textes sur les baux d'habitation en raison du mode d'habitat qu'elles ont été amenées à adopter, ne bénéficient pas de leur protection. Ce pourrait être le cas des non-vacanciers occupants de « mobile homes » dans l'enceinte de campings dont le nombre en expansion préoccupe certains parlementaires, inquiets de voir se développer cette nouvelle forme de précarité sur le territoire français. Ce n'est pas sans songer à la vulnérabilité de ces nouveaux locataires que la Cour de cassation a récemment statué sur le caractère abusif de certaines des clauses d'un contrat de location d'emplacement de « mobile home » qui lui était présenté (3^e Civ., 10 juin 2009, *Bull.* 2009, III, n^o 140, pourvoi n^o 08-13.797).



IV

**Contributions
de la chambre
commerciale de
la cour de cassation**

La vulnérabilité en droit commercial

Le droit commercial paraît au premier abord peu concerné par la notion de vulnérabilité, parce qu'on le suppose régir les relations entre personnes également averties, parlant le même langage, évoluant dans une connaissance partagée du monde des affaires. Pourtant, ce « concept fuyant²³⁷ », qui peine à accéder au rang de notion technique opératoire, soutient manifestement bon nombre de dispositions législatives et figure en toile de fond dans bien des décisions jurisprudentielles.

Car la vulnérabilité, c'est-à-dire étymologiquement « l'aptitude à être blessé », est bien présente en droit commercial. On pense à la petite entreprise économiquement vulnérable face à ses cocontractants, mais également à toute personne, physique ou morale, qui s'exposerait dangereusement en engageant un capital qui lui est nécessaire, en se portant caution pour permettre la poursuite de l'activité d'une entreprise qu'elle dirige ou en procédant à des investissements non compatibles avec ses capacités financières. La vulnérabilité apparaît ainsi comme une notion toute relative puisqu'elle dépend de l'aptitude de l'individu à se défendre. Même un investisseur de sommes très modestes sera vulnérable si ce qu'il engage n'est pas à la mesure de ce qu'il possède. Est vulnérable celui qui prend un risque lourd et la lourdeur de ce risque sera naturellement fonction des épaules qui le supportent.

En droit commercial, la personne (physique ou morale) vulnérable protégée sera donc celle qui se trouve anormalement exposée à prendre des risques inconsidérés.

Dans bien des cas, c'est du défaut d'information (*lato sensu*) que naît la vulnérabilité : parfois, la personne s'engage dans l'ignorance de certains éléments d'appréciation que son cocontractant connaît ; plus fréquemment, elle ne dispose pas des aptitudes ou des connaissances suffisantes pour se représenter exactement les risques encourus. Il en est spécialement ainsi toutes les fois que l'information nécessaire à l'appréciation des risques présente une technicité telle qu'elle n'est pas accessible à un profane. Ainsi, l'investisseur qui place en bourse ses économies pour les faire fructifier est d'autant plus vulnérable au risque de retournement du marché qu'il est moins informé de l'existence et des modalités de réalisation de ce risque. Or la diversification et la complexification des produits financiers proposés aux investisseurs n'ont fait qu'aggraver le degré d'incompréhension de l'opérateur profane.

Dans d'autres hypothèses, qui sont pour partie les mêmes, c'est au regard de sa situation économique que la personne apparaît vulnérable. L'étude de la jurisprudence montre ainsi que ce sont souvent de petits épargnants qui, à l'échéance de leur placement, constatent que leurs économies non seulement n'ont pas fructifié comme ils l'espéraient, mais encore se trouvent amputées de pertes qui n'avaient été ni acceptées ni même envisagées. Les mutations technologiques récentes ont au surplus accentué la vulnérabilité de ces opérateurs qui, avec

237. F. Fiechter-Boulvard, rapport de synthèse in *Vulnérabilité et droit*, Presses universitaires de Grenoble, 2000, p. 322.

le développement des sites de bourse en ligne, se voient désormais offrir, avec le mirage de gains faciles, la faculté de se ruiner à distance en boursicotant par internet.

Dans d'autres cas encore, c'est avant tout la nécessité de l'opération qui est source de vulnérabilité. L'entrepreneur ou ses proches se trouvent souvent dans l'obligation, pour assurer le démarrage ou la pérennité de l'entreprise, de souscrire ou de cautionner un emprunt. Or il est à craindre, dans cette hypothèse, que la nécessité ne l'emporte sur la prudence, voire sur la raison, en conduisant l'emprunteur ou la caution à accepter un engagement excessif, excédant ses facultés de remboursement, voire, s'agissant de la caution, disproportionné au regard de son patrimoine et de ses revenus. La vulnérabilité est certes au premier chef celle de l'emprunteur lui-même, tenu de rembourser une somme, souvent considérable, qu'il s'est vu dans l'obligation d'emprunter pour assurer la création ou la survie d'une entreprise par hypothèse débutante ou fragile. Mais la vulnérabilité, c'est aussi, et peut-être surtout, celle qui affecte les personnes acceptant de se rendre cautions de l'emprunteur, c'est-à-dire ordinairement les proches de l'entrepreneur personne physique ou les dirigeants ou principaux associés de l'entreprise personne morale. Ces personnes prennent en effet le risque lourd d'exposer leurs biens personnels et leur patrimoine familial, y compris le cas échéant leurs droits sur le logement de la famille, en garantie de la dette d'autrui et alors même qu'il est loin d'être acquis que le débiteur principal pourra s'en acquitter lui-même.

Quelle est, alors, l'attitude du droit commercial face à ces situations de vulnérabilité ?

D'un côté, le légitime souci de protection des personnes vulnérables conduit à titre principal à imposer à leurs partenaires contractuels des obligations d'information dont l'objet et l'intensité peuvent varier pour aller de la simple information objective jusqu'au devoir de mise en garde, voire de conseil. Le partage de l'information constitue en effet la première ligne de défense contre la vulnérabilité, car, ainsi que le souligne M. Chazal²³⁸, l'information représente une valeur économique telle que la puissance économique ne réside plus seulement dans l'accumulation d'un capital, mais aussi, et peut-être surtout, dans la maîtrise d'informations utiles et recherchées. Lorsqu'un risque lourd est encouru, le droit commercial impose donc à celui qui le fait ou le laisse courir un devoir d'information ou de mise en garde dont la jurisprudence s'est attachée à préciser peu à peu les contours. En cela, du reste, les arrêts ne sont que le reflet de la volonté du législateur qui a lui-même multiplié les garde-fous pour obliger ceux qui connaissent le risque à informer, aviser, mettre en garde ceux de leurs interlocuteurs qui n'en seraient pas conscients.

D'un autre côté, le droit commercial doit aussi prendre en compte la liberté des agents économiques et la faire respecter en interdisant à leurs partenaires, et notamment à leur banquier, de s'immiscer dans la gestion de leurs affaires. L'investisseur, comme l'emprunteur ou la caution, apparaît certes, dans certaines circonstances, comme une personne *a priori* vulnérable mais, en droit commercial, cette vulnérabilité s'efface en principe devant la liberté d'entreprendre. Même vulnérable, l'opérateur reste libre de s'engager, pour peu qu'il le fasse en connaissance de cause et, dans le cas contraire, il ne saurait en principe prétendre à autre

238. J.-P. Chazal, « Vulnérabilité et droit de la consommation », in *Vulnérabilité et droit*, Presses universitaires de Grenoble, 2000, p. 249.

chose qu'à l'indemnisation du préjudice que lui cause le défaut d'information dont il a été victime. En revanche, dès lors que l'information est loyalement partagée, le droit commercial n'a plus, normalement, vocation à s'immiscer dans la stratégie de l'entreprise, de l'investisseur ou du client d'une banque. Cela explique que le droit commercial oppose non pas le professionnel au particulier, mais l'opérateur averti, c'est-à-dire qui détient l'information utile, à l'opérateur non averti qui, ne la possédant pas, ne peut mesurer de la même façon les risques encourus ou la portée de son engagement.

L'information ou la mise en garde, au surplus, ne constituent ni l'unique remède à la vulnérabilité, ni la panacée, et leur rôle varie, très logiquement, en fonction des facteurs de vulnérabilité que le droit accepte de prendre en considération. À cet égard, seule est en principe retenue la vulnérabilité résultant d'une insuffisance d'information, circonstance à laquelle il est dès lors normalement remédié par l'instauration d'obligations d'information à la charge de l'intermédiaire financier. Dans certaines hypothèses, cependant, le droit se montre également sensible à d'autres circonstances, lorsque celles-ci sont en elles-mêmes génératrices d'une particulière vulnérabilité, avec cette conséquence que l'information cesse de constituer le point central de la protection, laquelle emprunte alors d'autres voies et surtout se manifeste alors même que l'intéressé aurait été complètement informé.

Ce schéma a-t-il une portée générale en ce sens qu'il vaut quel que soit le sujet vulnérable. C'est en principe, mais pas toujours, par l'information qu'est combattue la vulnérabilité, et les solutions légales et jurisprudentielles ne diffèrent pas fondamentalement selon qu'est en cause la vulnérabilité de l'investisseur (1.) ou celle de l'emprunteur ou de la caution (2.).

1. LA VULNÉRABILITÉ DE L'INVESTISSEUR

L'investissement en bourse n'étant réservé ni aux épargnants avertis ni aux détenteurs de capitaux importants, les investisseurs peuvent être des personnes rendues vulnérables par la conjonction de leur inexpérience, de la faiblesse de leur surface financière et, on l'a dit, des tentations qu'offrent les techniques modernes de communication. Surtout, vient le cas échéant s'ajouter à cela le risque particulier que présentent intrinsèquement certaines interventions sur les marchés, s'agissant spécialement de ce que la jurisprudence désigne classiquement sous l'appellation d'opérations spéculatives sur les marchés à terme.

Or le caractère spéculatif du placement ne constitue pas seulement un signe fort de vulnérabilité; il apparaît surtout, en jurisprudence, à la fois comme un puissant signal d'alarme et comme le critère de distinction majeur entre deux situations. Les devoirs de l'intermédiaire financier à l'égard de son client ne sont pas les mêmes selon que celui-ci entreprend de se livrer à des opérations non spéculatives, soumises à un aléa boursier que l'on peut qualifier d'ordinaire et dont l'opérateur doit seulement être objectivement informé, ou qu'il s'aventure dans des opérations spéculatives contre lesquelles il doit être mis en garde, voire bénéficier d'une protection indépendante de sa compétence propre. La protection de l'investisseur

varie ainsi avec sa vulnérabilité et, si celle-ci n'est pas absente des opérations non spéculatives (1.1.), elle culmine dans les opérations spéculatives (1.2.).

1.1. La vulnérabilité de l'investisseur dans les opérations non spéculatives

Le principe se déduit, *a contrario*, de la solution posée par un arrêt du 5 novembre 1991²³⁹ : l'intermédiaire financier, qui n'est tenu que d'informer son client des « risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme », n'a donc pas, en l'absence de telles opérations, à mettre spécialement en garde l'opérateur contre les risques inhérents aux investissements boursiers. L'intermédiaire reste cependant tenu de permettre à l'investisseur d'apprécier lui-même les risques encourus et de les prendre en connaissance de cause. L'investisseur, même vulnérable, doit en effet être libre de prendre des risques s'il le souhaite, dès lors qu'il a conscience qu'il peut subir des pertes. C'est pourquoi l'intermédiaire n'a alors d'autre obligation que de délivrer à son client une information qui doit être non seulement « sincère et complète²⁴⁰ » (1.1.1.), mais aussi adaptée au client (1.1.2.).

1.1.1. Une information sincère et complète

Des exigences particulières encadrent la souscription de parts de fonds communs de placement (FCP) et plus particulièrement l'information due à cette occasion par les prestataires de services d'investissement. Elles ont été mises en œuvre par la jurisprudence (1.1.1.1.) conformément à la réglementation (1.1.1.2.).

1.1.1.1. La jurisprudence

La chambre commerciale s'est prononcée sur la question de l'information due à l'occasion de la souscription de parts de FCP à propos des placements « Bénéfic » distribués par La Poste²⁴¹, ainsi que par un arrêt postérieur²⁴² concernant un fonds de la Caisse d'épargne dénommé FCP Écureuil Europe 2004. Deux séries d'enseignements se déduisent de ces arrêts.

Quant au contenu de l'information, le prestataire d'investissement, sans être débiteur d'une obligation particulière de mise en garde, doit néanmoins donner au souscripteur une information complète, exacte et sincère. L'intermédiaire n'a pas à attirer spécialement son attention sur le risque lié aux variations des marchés financiers, dès lors que les informations communiquées mentionnent clairement l'éventualité d'une perte en capital.

239. Com., 5 novembre 1991, *Bull.* 1991, IV, n° 327, pourvoi n° 89-18.005.

240. Com., 28 juin 2005, pourvoi n° 03-20.900.

241. Com., 19 septembre 2006, 5 arrêts, *Bull.* 2006, IV, n° 185, pourvoi n° 05-14.343; *Bull.* 2006, IV, n° 186, pourvoi n° 05-14.344; *Bull.* 2006, IV, n° 187, pourvoi n° 05-15.304; pourvoi n° 04-19.522 et pourvoi n° 05-15.305.

242. Com., 24 juin 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 127, pourvoi n° 06-21.798.

Quant aux supports de l'information, la chambre commerciale a précisé que l'information relative au risque de perte ne pouvait, en l'état d'un document publicitaire incomplet, résulter de la seule notice visée par la Commission des opérations de bourse (COB) ou, aujourd'hui, par l'Autorité des marchés financiers (AMF). Cette précision résulte de l'arrêt du 24 juin 2008²⁴³, rendu dans une espèce où la plaquette commerciale remise à la cliente n'envisageait pas expressément le risque d'une perte en capital et se montrait au contraire pleinement rassurante quant aux effets d'une chute de la bourse. La cour d'appel en avait déduit que la cliente n'était en rien informée par ce document publicitaire, pour ajouter cependant que la notice de la COB palliait ce défaut d'information. La chambre commerciale sanctionne ce raisonnement en exigeant que la publicité soit cohérente avec l'investissement proposé et que les risques inhérents aux options soient mentionnés comme le sont les avantages énoncés.

Ces solutions sont commandées par la situation de l'investisseur.

D'une part et de manière générale, le client qui place son argent en bourse dans des produits souvent complexes et très techniques, comportant des risques, doit savoir que son capital peut être atteint, qu'il est vulnérable, et pour cela disposer d'informations cohérentes, quels qu'en soient les sources ou les objectifs.

D'autre part et plus spécialement, ces exigences de cohérence et de sincérité s'imposent *a fortiori* lorsque l'on constate que les investisseurs sont souvent des personnes ne disposant pas d'un capital important et plaçant des économies sur lesquelles elles comptent pour faire face à l'avenir. Il suffit pour s'en convaincre de constater que les espèces ayant donné lieu aux arrêts de la chambre commerciale concernent des petits épargnants : sur cinq pourvois jugés par les arrêts « Bénéfic » du 19 septembre 2006, trois critiquent des décisions rendues par une juridiction de proximité et portent donc sur des sommes très réduites. D'autres arrêts concernent des indemnités perçues à la suite d'un divorce²⁴⁴, des sommes modestes reçues au titre d'une succession²⁴⁵, des sommes investies par une personne âgée²⁴⁶ ou au chômage²⁴⁷, ou encore un placement à relativement court terme dans l'attente du rachat d'un bien immobilier après la vente du premier²⁴⁸. La vulnérabilité des donneurs d'ordre est donc bien au cœur de ces questions.

1.1.1.2. La réglementation

La jurisprudence n'est en ce domaine que le reflet de l'évolution de la réglementation. L'arrêt du 24 juin 2008 vise ainsi l'article 33, alinéa 2, du Règlement COB n° 89-02 relatif aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), modifié sur ce point en 2002 avant d'être repris dans le règlement général de l'AMF à l'article 411-50.

243. Précité ci-avant.

244. Com., 7 avril 2009, pourvoi n° 08-10.059.

245. Com., 8 avril 2008, pourvoi n° 07-14.331.

246. Com., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-14.266.

247. Com., 26 février 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 42, pourvoi n° 07-10.761.

248. Com., 24 mars 2009, pourvoi n° 08-12.630.

Aux termes de ce texte, « la personne qui commercialise des parts ou actions d'OPCVM ou de compartiments doit s'enquérir des objectifs, de l'expérience en matière d'investissement et de la situation financière de la personne sollicitée » et « les OPCVM proposés doivent être adaptés à la situation de cette dernière ». De même, le prestataire de services d'investissement doit communiquer à son client « les informations utiles pour lui permettre de prendre une décision d'investissement ou de désinvestissement en toute connaissance de cause ». Enfin, « la personne qui commercialise les parts ou actions d'OPCVM ou de compartiments doit, le cas échéant, mettre la personne sollicitée en garde contre les risques encourus ».

Déjà l'ancien L. 533-4 du code monétaire et financier disposait que : « Les prestataires de services d'investissement [...] sont tenus de respecter des règles de bonne conduite destinées à garantir la protection des investisseurs et la régularité des opérations » et précisait que ces règles de bonne conduite obligeaient notamment à :

- « 1. Se comporter avec loyauté et agir avec équité au mieux des intérêts de leurs clients et de l'intégrité du marché ;
2. Exercer leur activité avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent au mieux des intérêts de leurs clients [...]. »

Et le texte ajoutait encore que les règles ainsi énoncées devaient être appliquées « en tenant compte de la compétence professionnelle, en matière de service d'investissement de la personne à laquelle le service d'investissement est rendu ».

Cette exigence de cohérence est encore plus explicite à la suite de la transposition en droit français de la Directive européenne du Conseil, du 21 avril 2004, par l'ordonnance du 12 avril 2007, relative aux marchés d'instruments financiers.

Désormais, l'article L. 533-11 du code monétaire et financier dispose que : « Lorsqu'ils fournissent des services d'investissement et des services connexes à des clients, les prestataires de services d'investissement agissent d'une manière honnête, loyale et professionnelle, servant au mieux les intérêts des clients. »

Quant à l'article L. 533-12 du même code, il oblige le prestataire de services d'investissement à transmettre à ses clients des informations présentant « un contenu exact, clair et non trompeur » dans lequel « les communications à caractère promotionnel sont clairement identifiables en tant que telles ». Et le même article impose encore aux prestataires de services d'investissement de communiquer à leurs clients, notamment leurs clients potentiels, les informations leur permettant raisonnablement de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé ainsi que les risques y afférents, « afin que les clients soient en mesure de prendre leurs décisions d'investissement en connaissance de cause ».

1.1.2. Une information adaptée à son destinataire

Pour permettre aux clients de prendre leurs décisions d'investissement en connaissance de cause, l'article L. 533-13 du code monétaire et financier commande aux prestataires de services d'investissement « de s'enquérir auprès de leurs clients, notamment leurs clients potentiels, de leurs connaissances et de leur expérience en matière d'investissement, ainsi

que de leur situation financière et de leurs objectifs d'investissement, de manière à pouvoir leur recommander les instruments financiers adaptés ou gérer leur portefeuille de manière adaptée à leur situation ».

Cette information adaptée n'est d'ailleurs pas propre aux prestataires de services d'investissement puisque la Cour de cassation a également mis à la charge du banquier le devoir d'éclairer son client lors de la souscription d'une assurance de groupe²⁴⁹. Ce devoir d'éclairer est un aspect du devoir d'information, laquelle doit être personnalisée, au point que certains ont pu la rapprocher du devoir de conseil. C'est cependant sur le seul terrain de l'obligation d'information que le code monétaire et financier oblige à adapter l'information à l'interlocuteur, à sa situation, à son expérience et à ses objectifs. C'est seulement à ce prix que la décision pourra être prise en connaissance de cause : l'obligation d'informer implique de s'assurer que l'information est utile et comprise, ce qui ne peut se faire qu'en connaissance de la situation et des attentes du cocontractant et de son éventuelle particulière vulnérabilité.

La chambre commerciale a en outre rappelé, d'une part, que l'existence de cette obligation d'adapter l'information est indépendante de la nature de la mission confiée par le client et, d'autre part, que son exécution suppose que l'intermédiaire s'enquière au préalable de la situation du donneur d'ordres²⁵⁰. En l'espèce, une double cassation est en conséquence prononcée : d'abord, en ce que la cour d'appel avait cru pouvoir retenir qu'en l'absence de mandat de gestion l'intermédiaire financier n'avait pas l'obligation de vérifier le patrimoine de sa cliente ; ensuite, en ce que la cour d'appel s'était fondée, pour écarter la responsabilité de l'intermédiaire, sur des motifs desquels il ne résultait ni que le prestataire de services d'investissement avait, « lors de l'ouverture du compte, procédé à l'évaluation de la compétence » de sa cliente « s'agissant de la maîtrise des opérations spéculatives envisagées et des risques encourus dans ces opérations ni qu'elle lui avait fourni une information adaptée en fonction de cette évaluation ».

Sur ce dernier point, deux autres arrêts sont venus confirmer que la preuve du respect de cette obligation ne peut résulter de la simple mention, signée par le client, par laquelle il déclare être un investisseur qualifié et disposer des connaissances suffisantes pour pratiquer des opérations spéculatives sur les marchés boursiers²⁵¹.

Dans la première de ces affaires, les clients avaient donné un mandat à la banque et lui avait confié la gestion de l'investissement ; dans la seconde, un couple avait souscrit, par l'intermédiaire d'un établissement de crédit qui le connaissait pour lui avoir déjà consenti plusieurs crédits à la consommation, des parts de fonds communs de placement. Dans les deux cas, les arrêts ayant écarté tout manquement à l'obligation d'information sont censurés par la Cour de cassation pour s'être déterminés par des motifs desquels il ne résulte pas que la personne qui commercialisait des parts de fonds commun de placement s'était enquis des objectifs, de l'expérience en matière d'investissement et de la situation financière de ses clients et s'était assurée que le placement proposé était adapté à leur situation personnelle.

249. Ass. plén., 2 mars 2007, *Bull.* 2007, Ass. plén., n° 4, pourvoi n° 06-15.267.

250. Com., 12 février 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 31, pourvoi n° 06-20.835.

251. Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-14.983, et 23 juin 2009, pourvoi n° 07-22.032.

À l'inverse, dès lors qu'il fournit à l'investisseur les données lui permettant de prendre la mesure du risque auquel son choix expose son placement, et qu'il l'informe exactement et complètement des risques inhérents au placement choisi par lui, le banquier, qui n'est pas tenu d'une obligation de mise en garde, ne peut être tenu pour responsable de la réalisation du risque accepté par le client et qui constitue la contrepartie des gains espérés par lui²⁵². Ainsi, la protection de la vulnérabilité des opérateurs investissant dans des produits non spéculatifs passe par l'information, mais s'arrête aussi avec cette information.

1.2. La vulnérabilité de l'investisseur dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme

La circonstance que l'investisseur se risque dans des opérations spéculatives sur les marchés dits classiquement à terme est, à l'évidence, génératrice de risques particuliers et, par suite, d'une vulnérabilité qui est à la hauteur de ces risques.

Encore faut-il distinguer, car les deux aspects de la situation n'ont pas techniquement les mêmes conséquences. Si le risque inhérent aux opérations spéculatives peut être aisément conjuré par une information adéquate, en revanche, les opérations dites à terme posent une question spécifique qui est celle de la sanction des manquements de l'intermédiaire à son obligation de veiller à la constitution et au maintien d'une couverture suffisante. L'inexécution de cette obligation de couverture est en effet de nature, en laissant s'accumuler des pertes, à causer à l'opérateur un préjudice particulier dont la jurisprudence admet aujourd'hui, après l'avoir longtemps nié, qu'il est en droit d'obtenir réparation.

L'intermédiaire peut ainsi se voir reprocher, d'une part, d'avoir manqué à l'obligation de mise en garde qu'impose le caractère spéculatif de l'opération (1.2.1.) et, d'autre part, de n'avoir pas respecté l'obligation de couverture que commande l'acceptation d'opérations à terme (1.2.2.).

1.2.1. La mise en garde contre les risques encourus dans les opérations spéculatives

Il faut ici repartir du principe posé par l'arrêt du 5 novembre 1991²⁵³ et ses successeurs, en l'envisageant cette fois dans son sens direct. Il résulte en effet de cette jurisprudence, à ce jour non démentie : d'abord, que l'intermédiaire financier est en principe tenu, quelle que soit la nature des relations contractuelles avec son client, d'informer celui-ci des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme ; ensuite, que cette obligation est écartée lorsque le client a connaissance de ces risques, c'est-à-dire lorsqu'il apparaît comme un opérateur averti. Le prestataire de services d'investissement est ainsi chargé d'une obligation de mise en garde qui, toutefois, comporte une double limite.

252. Com., 16 juin 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 78, pourvoi n° 08-11.618.

253. Com., 5 novembre 1991, *Bull.* 1991, IV, n° 327, pourvoi n° 89-18.005.

La première, subjective, tient à la qualité d'opérateur averti : l'intermédiaire financier n'est pas tenu de délivrer l'information à celui qui la détient déjà ou, si l'on préfère, le droit n'a plus alors à se préoccuper d'une vulnérabilité qui s'expose volontairement²⁵⁴. La connaissance des risques, qui s'apprécie en principe dès l'origine des relations contractuelles²⁵⁵, peut cependant s'acquérir par la pratique postérieure et il suffit à cet égard que les opérations génératrices des pertes litigieuses soient survenues après que l'opérateur eut acquis une telle connaissance²⁵⁶.

La seconde limite, objective, réside dans la nature de l'opération : à l'égard du client non averti, l'information sur les risques encourus n'est due que dans les opérations spéculatives²⁵⁷. À défaut, aucune mise en garde n'est requise, notamment pour la souscription de parts de sociétés civiles de placement immobilier (SCPI)²⁵⁸ ou même pour une opération de « swap » d'intérêts convenue entre une banque et son client, laquelle consiste pour chacune des parties à prendre en charge les intérêts dus par l'autre. La chambre commerciale a retenu que, en raison de sa particulière simplicité, de l'absence de risque pour le client et de sa connaissance de la charge maximale d'intérêts qu'il aurait à supporter, la banque n'était pas tenue à une obligation de mise en garde envers son cocontractant, qu'il fût ou non averti²⁵⁹.

1.2.2. La réparation des conséquences des manquements à l'obligation de couverture des opérations à terme

Dans les opérations à terme, devenues « ordres avec service de règlement ou de livraison différé » (OSRD), les pertes peuvent s'accumuler avant que le donneur d'ordres en prenne toute la mesure. La vulnérabilité résulte alors de l'ignorance d'investisseurs peu avisés qui, prenant des risques mal mesurés, peuvent se retrouver face à une obligation de combler des pertes qu'ils n'envisageaient pas. Cette vulnérabilité est en outre accrue par deux circonstances : d'abord, par la facilité avec laquelle chacun peut désormais réaliser des opérations boursières par internet, en vertu d'une convention permettant d'accéder directement au service de bourse en ligne de la banque²⁶⁰; ensuite, par l'agressivité commerciale dont font preuve les intermédiaires, qui attirent parfois les éventuels investisseurs par des primes remises à l'occasion de l'ouverture d'un compte destiné à ces opérations ou utilisent la technique du parrainage par un tiers²⁶¹. Sont donc touchés par ces offres des investisseurs néophytes et parfois dépourvus de toute surface financière.

L'obligation de constituer une couverture en fonds ou titres pour garantir des opérations effectuées sur le marché à règlement différé est, de ce point de vue, un moyen efficace pour

254. Com., 8 juillet 2003, *Bull.* 2003, IV, n° 118, pourvoi n° 00-18.941.

255. Cf. par exemple : Com., 8 juillet 2003, pourvoi n° 01-17.710.

256. Com., 4 juillet 2006, pourvoi n° 05-10.967.

257. Com., 14 décembre 2004, *Bull.* 2004, IV, n° 222, pourvoi n° 03-10.099.

258. Com., 28 juin 2005, pourvoi n° 03-20.900.

259. Com., 19 juin 2007, *Bull.* 2007, IV, n° 162, pourvoi n° 05-22.037.

260. Cf. Com., 4 novembre 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 185, pourvoi n° 07-21.481.

261. Cf. Com., 26 février 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 42, pourvoi n° 07-10.761.

protéger le marché et les intermédiaires contre l'insolvabilité des investisseurs. Aussi les textes, qui faisaient de l'obligation de couverture une faculté depuis un décret du 7 octobre 1890, en ont-ils fait une exigence depuis un décret du 30 octobre 1961. Aux termes de cette réglementation, qui figure désormais aux articles 516-2 et suivants du règlement général de l'AMF, le prestataire de services d'investissement a l'obligation d'exiger une couverture suffisante, de veiller à ce qu'elle soit constamment réajustée en fonction des investissements et de réduire ou liquider les positions du client si ce réajustement n'a pas lieu. L'article 321-62 du même règlement AMF dispose en outre que « lorsqu'il tient lui-même le compte d'espèces et d'instruments financiers de son client, le prestataire habilité doit disposer d'un système automatisé de vérification du compte », qu'« en cas d'insuffisance des provisions et des couvertures, le système doit assurer le blocage de l'entrée de l'ordre », que « le client est avisé, à la lecture de l'écran, des raisons du blocage et qu'il est appelé à régulariser sa situation ». Enfin, même lorsque le prestataire ne tient pas lui-même le compte d'espèces et d'instruments financiers du client, il lui est recommandé d'appliquer ces dispositions, en liaison avec le prestataire teneur de compte.

Avant la réforme du 30 août 2000, la jurisprudence appliquait littéralement le décret du 7 octobre 1890, qui interdisait aux donneurs d'ordre de se prévaloir à quelque titre que ce soit du défaut d'appel de couverture, pour en déduire que les règles de couverture étaient un mécanisme de garantie institué pour la seule protection des intermédiaires.

Après l'abrogation de ce texte par le décret du 17 mars 1988, la jurisprudence avait cependant maintenu le principe d'une absence de responsabilité du professionnel envers son client pour défaut d'exigence de la couverture. Postulant que cette obligation avait pour seul but la protection de l'intermédiaire et du marché contre le risque d'insolvabilité du client, la Cour de cassation jugeait avec constance que le client ne pouvait invoquer un manquement de l'intermédiaire à ses obligations liées à la couverture pour obtenir réparation du préjudice subi dans des opérations spéculatives²⁶².

Cette jurisprudence a cependant évolué, sous l'influence conjuguée des pratiques des intermédiaires et des dispositions du code monétaire et financier, précédemment évoquées, obligeant ceux-ci à se conformer à toutes les réglementations applicables à l'exercice de leurs activités, au sein desquelles la Cour de cassation a finalement accepté d'inclure l'obligation de couverture, promue par elle au rang d'obligation contractuelle.

Par un arrêt de revirement du 28 février 2008²⁶³, la chambre commerciale a condamné la solution antérieure et admis que les règles de couverture protègent les clients tout autant que le marché et les professionnels, de sorte que le donneur d'ordres peut fonder la responsabilité contractuelle du prestataire sur la circonstance que celui-ci lui a causé un préjudice en manquant à l'une ou l'autre des obligations qui lui sont imposées au titre de la couverture et notamment en s'abstenant d'exiger une couverture suffisante ou de liquider sans retard

262. Cf. encore Com., 8 juillet 2003, *Bull.* 2003, IV, n° 118, pourvoi n° 00-18.941 ; Com., 14 décembre 2004, *Bull.* 2004, IV, n° 221, pourvoi n° 02-13.638.

263. Com., 26 février 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 42, pourvoi n° 07-10.761 ; cf. Com., 1^{er} juillet 2008, pourvoi n° 07-16.461.

les positions insuffisamment couvertes. S'agissant des ordres en ligne, cette solution nouvelle permet également de retenir, pour fonder l'indemnisation du client, le fait que l'intermédiaire a manqué à son obligation de mise en place de système de blocage des ordres passés par internet lorsque ceux-ci dépassent le plafond convenu ou la couverture requise²⁶⁴.

Il reste à remarquer que, par exception et parce que les opérations à terme présentent intrinsèquement un danger générateur d'une particulière vulnérabilité, l'investisseur se trouve ici protégé sans qu'il importe de savoir s'il est ou non averti. Tel est aussi le cas, parfois, lorsque ce sont un emprunteur ou une caution qui apparaissent vulnérables.

2. LA VULNÉRABILITÉ DE L'EMPRUNTEUR ET DE LA CAUTION

La protection de l'emprunteur et de la caution passe à tout le moins par le partage de l'information voire, lorsque l'exposition au risque se fait plus lourde, par la mise en garde. En revanche, dès lors que l'information est également partagée, le droit n'a pas en principe vocation à protéger malgré lui le participant à une opération commerciale. Dûment informé et se sachant donc vulnérable, l'individu ou la société sont libres d'accepter le risque en connaissance de cause et le prestataire d'investissement ou le dispensateur de crédit ne pourront se voir reprocher de n'en avoir pas dissuadé leur interlocuteur.

Dans la logique de ce raisonnement, la jurisprudence distingue entre ceux, emprunteurs ou cautions, qui ont besoin d'une information qu'ils ignorent et ceux qui, étant avertis, peuvent s'en dispenser. La loi, cependant, va plus loin qui, depuis 2003, protège spécialement les cautions lorsque celles-ci se rendent vulnérables en contractant un engagement disproportionné à leurs ressources et patrimoine. La distinction selon que l'emprunteur ou la caution sont ou non avertis (2.1.), qui conditionne la protection jurisprudentielle, est en revanche indifférente s'agissant de la protection légale contre les engagements de caution disproportionnés (2.2.).

2.1. La distinction jurisprudentielle entre l'emprunteur ou la caution avertis et l'emprunteur ou la caution non avertis

De cette distinction dépend, en jurisprudence, l'existence ou l'inexistence d'un devoir de mise en garde pesant sur le dispensateur de crédit. Il est par conséquent nécessaire, d'abord, d'en exposer le principe (2.1.1.), ensuite d'en préciser l'enjeu en présentant le devoir de mise en garde attaché à la qualité d'emprunteur ou de caution non avertis (2.1.2.).

264. Com., 4 novembre 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 185, pourvoi n° 07-21.481.

2.1.1. Le principe de la distinction

On sait que par quatre arrêts rendus le 12 juillet 2005²⁶⁵, la première chambre civile a introduit une distinction entre emprunteur averti et emprunteur profane, et instauré un régime de responsabilité propre à chacune de ces deux catégories. À l'égard du profane, la banque est tenue d'un devoir de mise en garde impliquant sa responsabilité en cas d'octroi d'un crédit excessif au regard des facultés contributives de l'emprunteur. À l'égard de l'emprunteur averti, au contraire, la responsabilité de la banque ne peut être engagée que si cette dernière détenait sur la situation financière de son client des informations que lui-même ignorait. Ces règles valent tant pour l'emprunteur que pour la caution.

Cette solution dite de la symétrie de l'information rejoignait la jurisprudence antérieure de la chambre commerciale. Il ne s'agit pas, en effet, d'opposer le professionnel au particulier, mais bien de rechercher si l'information des deux protagonistes est ou non partagée. Or, par définition, le profane ne connaît pas ou ne mesure pas le risque. Pratiquement, c'est la caution non dirigeante ou l'emprunteur non professionnel.

Jusqu'en 2006, la chambre commerciale a cependant retenu une conception stricte des obligations du prêteur professionnel envers l'emprunteur professionnel et renouvelé son refus de protéger systématiquement ce dernier contre sa propre imprudence ou le caractère exagérément optimiste de ses prévisions.

Il était donc admis que l'entrepreneur ou le dirigeant, emprunteur ou caution, qui dispose de toutes les informations lui permettant d'apprécier le risque de l'opération financée ou garantie devait supporter le risque de son entreprise. C'était surtout le devoir de non-immixtion du banquier dans les affaires de son client qui justifiait cette solution et la prohibition du soutien abusif : le crédit, même excessif, peut être accordé à la condition que le client ait été alerté. L'emprunteur peut accepter de courir le risque, y compris celui d'une saisie des immeubles composant son patrimoine. Le banquier, qui court lui-même un risque, ayant éclairé l'emprunteur sur les risques encourus, n'a pas à substituer sa propre décision à la sienne.

Par quatre arrêts rendus les 3 mai et 20 juin 2006²⁶⁶, la chambre commerciale a rejoint les solutions de la première chambre civile concernant les emprunteurs profanes, en prenant en compte également la compétence de l'emprunteur pour apprécier la responsabilité de la banque et en abandonnant sa jurisprudence antérieure qui rejetait, sauf circonstances exceptionnelles, toute responsabilité bancaire vis-à-vis de l'emprunteur au titre de l'octroi du crédit.

Mais la Cour de cassation²⁶⁷ n'a pas choisi d'établir une présomption permettant de voir dans tout professionnel un emprunteur averti ni, à l'inverse, de tenir systématiquement pour non averti tout particulier n'agissant pas dans le cadre de son activité professionnelle.

265. 1^{re} Civ., 12 juillet 2005, *Bull.* 2005, I, n° 324, pourvoi n° 02-13.155; *Bull.* 2005, n° 325, pourvoi n° 03-10.770; *Bull.* 2005, I, n° 326, pourvoi n° 03-10.115; *Bull.* 2005, I, n° 327, pourvoi n° 03-10.921.

266. Com., 3 mai 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 101, pourvoi n° 04-15.517; *Bull.* 2006, IV, n° 102, pourvoi n° 02-11.211 et *Bull.* 2006, IV, n° 103, pourvoi n° 04-19.315; Com., 20 juin 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 145, pourvoi n° 04-14.114.

267. Ch. mixte, 29 juin 2007, *Bull.* 2007, Ch. mixte, n° 7, pourvoi n° 05-21.104.

L'analyse de la jurisprudence démontre cependant que l'emprunteur averti se reconnaît souvent à sa profession, dès lors du moins que celle-ci lui permet d'apprécier la portée de son engagement²⁶⁸. Par suite, les dirigeants de sociétés sont le plus souvent considérés comme avertis mais, même lorsque les emprunts ont été contractés pour financer les besoins professionnels des emprunteurs, il peut être admis que ceux-ci exercent une profession qui ne leur confère pas de compétence particulière en la matière. Ainsi, la qualité de professionnel n'est pas, dans ce domaine, incompatible avec la reconnaissance d'une vulnérabilité méritant protection.

S'agissant des cautions, le devoir de mise en garde revêt la forme particulière d'une exigence de proportionnalité entre, d'une part, la garantie souscrite et, d'autre part, la situation et les ressources de la caution. Le principe de solution, cependant, est le même que précédemment : le dispensateur de crédit n'engage sa responsabilité que si c'est à une caution non avertie qu'il fait souscrire un engagement manifestement disproportionné par rapport à ses revenus et à son patrimoine.

La chambre commerciale²⁶⁹ considère, en effet, que le devoir de mise en garde du banquier à l'égard des cautions n'est pas davantage général.

Après avoir énoncé le principe de la proportionnalité en matière de cautionnement de crédits professionnels, dans un arrêt du 17 juin 1997²⁷⁰, en décidant qu'une banque avait commis une faute en faisant souscrire à un dirigeant un aval manifestement disproportionné, sans aucun rapport avec son patrimoine et ses revenus, la chambre commerciale a exclu de cette protection les cautions dirigeantes, par un arrêt du 8 octobre 2002²⁷¹ : celles-ci ne peuvent invoquer une telle disproportion qu'en établissant que la banque aurait eu sur leurs revenus, patrimoine et facultés de remboursement raisonnablement prévisibles, en l'état du succès escompté de l'opération entreprise par la société, des informations qu'elles-mêmes auraient ignorées. Les cautions profanes, en revanche, ont pu continuer à se prévaloir du principe de proportionnalité. Encore faut-il préciser que la protection ainsi accordée aux cautions non averties ne bénéficie pas aux cautions « directement impliquées » dans l'opération garantie : associés, dirigeants ou personnes exerçant une fonction dans l'entreprise bénéficiaire du crédit ne peuvent en principe se prévaloir d'un devoir de mise en garde.

La logique de la solution apparaît bien de la sorte : celui qui, librement, cautionne un crédit que sa situation financière lui commanderait raisonnablement de ne pas garantir ne peut, s'il se trouve dans l'obligation de le rembourser, comme il pouvait le prévoir, s'en prendre qu'à lui-même des conséquences dommageables de sa défaillance, sauf circonstances exceptionnelles dont il lui incombe de rapporter la preuve et, cela va de soi, car ce cas est toujours réservé, sauf mauvaise foi du dispensateur de crédit engageant la responsabilité de celui-ci. Or qui mieux que le dirigeant d'une société peut (ou doit) connaître les

268. Com., 12 décembre 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 243, pourvoi n° 03-20.176.

269. Com., 3 mai 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 103, pourvoi n° 04-19.315. Cf. également Com., 27 mars 2007, pourvoi n° 06-13.052.

270. Com., 17 juin 1997, *Bull.* 1997, IV, n° 188, pourvoi n° 95-14.105.

271. Com., 8 octobre 2002, *Bull.* 2002, IV, n° 136, pourvoi n° 99-18.619.

perspectives de développement de celle-ci ou sa fragilité? C'est pourquoi la chambre commerciale considère que le dirigeant d'une société cautionnée, qui offre sa caution, est une caution avertie. Dans ce cas, la jurisprudence ne reconnaît la responsabilité de la banque que dans l'hypothèse où le dispensateur de crédit détient des informations que le dirigeant ignorait. Seule la dissymétrie d'information est sanctionnée²⁷². La compétence, toutefois, n'est pas contagieuse et les connaissances que peuvent avoir certains membres d'une même famille ne laissent rien préjuger des compétences des autres, qui peuvent avoir une vulnérabilité propre et ne pas mesurer l'engagement qui leur est demandé par des proches²⁷³.

2.1.2. L'enjeu de la distinction : le devoir de mise en garde

La chambre commerciale ne reconnaît pas d'obligation générale de mise en garde à la charge du banquier et, en raison du principe de non-ingérence, il appartient normalement au client de veiller lui-même à ses intérêts. En témoignent, par exemple, les arrêts qui retiennent qu'une banque n'est pas tenue d'informer spécifiquement son cocontractant de la rigueur de son engagement cambiaire et de ses conséquences²⁷⁴ ou qu'il n'appartient pas à la banque, sauf à s'immiscer dans les affaires de son client, de le dissuader de se faire remettre des effets de commerce en paiement de ses travaux et de l'inciter à se faire payer par d'autres moyens²⁷⁵.

Cette mise en garde ne sera donc due que si l'opération envisagée comporte un risque²⁷⁶, d'où l'obligation pour celui qui se prévaut d'un manquement du banquier à son devoir de mise en garde d'établir d'abord que l'opération présentait un risque²⁷⁷.

Ensuite, dès lors que cette condition objective est remplie, la mise en garde sera due, sauf pour le banquier à établir qu'il est dispensé de cette obligation en établissant que son client a la qualité d'emprunteur averti.

C'est donc par exception que le banquier dispensateur de crédit est tenu, à l'égard des seuls emprunteurs ou cautions non avertis, d'un devoir de mise en garde dont il reste à préciser le contenu (2.1.2.1.) et la sanction (2.1.2.2.).

2.1.2.1. Le contenu du devoir de mise en garde

L'obligation de mise en garde imposée au dispensateur de crédit a pour objet d'attirer l'attention du client sur les risques et aspects négatifs du prêt proposé. Il ne s'agit pas de conseiller l'emprunteur, de s'immiscer dans la gestion de son entreprise, mais seulement de

272. Cf. par exemple : Com., 13 février 2007, pourvoi n° 05-20.885; Com. 8 janvier 2008, pourvoi n° 06-13.315.

273. Cf. arrêt précité du 3 mai 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 103.

274. Com., 16 juin 2009, pourvoi n° 08-15.585.

275. Com., 12 mai 2009, pourvoi n° 08-15.253.

276. Com., 7 juillet 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 92, pourvoi n° 08-13.536.

277. Com., 17 novembre 2009, pourvoi n° 08-70.197.

l'avertir des risques qu'il prend – de la vulnérabilité qui en résulte – et de lui permettre de le faire librement et en connaissance de cause.

Connaissant les risques, le client, même vulnérable, les assumera, étant toutefois précisé que le banquier, toujours tenu à un devoir d'information, doit « fournir des indications sur l'objet du contrat ou l'opération envisagée par les moyens adéquats ». Cette solution a été consacrée par l'arrêt de l'assemblée plénière du 2 mars 2007²⁷⁸ à propos d'un contrat d'assurance de groupe, mais déjà un précédent arrêt de la première chambre civile avait rappelé que la banque devait « éclairer les emprunteurs sur les avantages et les inconvénients du crédit consenti²⁷⁹ ». Ce partage de l'information doit en outre être réciproque, et si l'emprunteur, averti ou non, dissimule à la banque des informations, il se voit naturellement privé de la possibilité d'invoquer un manquement à l'obligation de mise en garde qui lui était éventuellement due²⁸⁰. Le droit à la protection d'une personne vulnérable présuppose une loyauté qui doit être partagée par les deux cocontractants.

S'agissant de l'exigence de proportionnalité propre au cautionnement, c'est une conception subjective de cette notion que retient la jurisprudence. La sûreté ne devant pas être excessive par rapport aux possibilités financières du garant, le créancier professionnel doit s'informer de la situation financière de la caution, pour connaître ses capacités financières de remboursement, la mettre en garde et même, éventuellement, la dissuader de conclure le contrat. De même, l'existence de garanties complémentaires influera sur l'appréciation du caractère proportionné de l'engagement. Cette appréciation, délicate, doit se faire lors de la conclusion du contrat et relève de l'appréciation souveraine des juges du fond²⁸¹. La charge de la preuve de la disproportion alléguée incombe à la caution qui l'invoque²⁸².

2.1.2.2. La sanction du devoir de mise en garde

La mise en cause de la responsabilité du dispensateur du crédit qui manquerait à ses obligations sur ce point n'a pour objet de lui faire supporter l'intégralité du risque pris. La jurisprudence considère en effet que la faute d'un établissement bancaire consistant à avoir manqué à son obligation d'éclairer son client sur les risques éventuels prive seulement ce dernier d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé et cela en ce qui concerne tant la mise en garde due par les prestataires de services d'investissement²⁸³ que celle due aux emprunteurs ou cautions non avertis²⁸⁴. Cette perte de chance constituant « un préjudice distinct de celui résultant des opérations réalisées », la réparation ne peut par conséquent correspondre au montant des concours consentis. Ainsi, dans le système mis en place par la jurisprudence, le créancier

278. Ass. plén., 2 mars 2007, *Bull.* 2007, Ass. plén., n° 4, pourvoi n° 06-15.267, précité.

279. 1^{re} Civ., 12 juillet 2005, *Bull.* 2005, I, n° 326, pourvoi n° 03-10.115.

280. 1^{re} Civ., 30 octobre 2007, *Bull.* 2007, I, n° 330, pourvoi n° 06-17.003.

281. Com., 13 février 2007, pourvois n° 05-17.386 et n° 05-16.728.

282. Com., 19 avril 2005, pourvoi n° 03-14.533.

283. Com., 9 avril 2002, pourvoi n° 97-13.093 ; Com., 10 octobre 2000, pourvoi n° 97-20.516.

284. Com., 20 octobre 2009, pourvoi n° 08-20.274, en cours de publication.

pouvait notamment obtenir, même en cas de cautionnement disproportionné, un remboursement partiel de sa créance à proportion des facultés réelles de la caution. Il en est en revanche autrement dans le système mis en place par la loi du 1^{er} août 2003.

2.2. La protection légale contre les cautionnements disproportionnés

La loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003 a profondément modifié le régime de protection élaboré par la jurisprudence à l'égard des cautions. Ce texte, applicable aux seuls engagements conclus après sa date d'entrée en vigueur, a en effet introduit dans le code de la consommation un certain nombre de dispositions destinées à assurer une meilleure protection de la caution, en renforçant son information et en généralisant les mécanismes protecteurs déjà existants. Surtout, s'agissant des engagements de caution disproportionnés, l'article L. 341-4 du code de la consommation a tranché dans le sens d'une protection accrue de cette forme de vulnérabilité en innovant sur deux points.

En premier lieu, le champ de la protection est élargi puisque les règles nouvelles s'appliquent à tout cautionnement consenti au bénéfice d'un créancier professionnel, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la caution est ou non avertie. Le texte reprend en effet, pour le généraliser à toutes les cautions personnes physiques, sans distinction et qu'elles soient ou non dirigeantes, le principe de proportionnalité que la loi du 31 décembre 1989 sur le surendettement avait retenu pour les crédits à la consommation et les crédits immobiliers aux particuliers²⁸⁵.

En second lieu, la sanction est renforcée puisque le cautionnement disproportionné se trouve désormais privé de toute efficacité. Si, au jour de la conclusion du contrat, l'engagement souscrit par la caution est disproportionné à ses biens et revenus, le créancier professionnel se voit en effet privé de la faculté de se prévaloir du cautionnement. Et cette privation, qui est totale, ne cédera que si, au jour où la garantie est appelée, le retour à meilleure fortune de la caution lui permet de faire face à ses engagements. Si, donc, la méconnaissance du principe de proportionnalité n'affecte pas la validité du cautionnement, puisque celle-ci n'est pas assortie de nullité, il n'en demeure pas moins que le créancier professionnel se voit privé, au cas de disproportion constatée, de tout remboursement, même partiel, contrairement à la solution jurisprudentielle antérieurement retenue.

Il résulte cependant de la jurisprudence de la chambre commerciale que le domaine d'application d'une telle protection est limité aux seuls engagements de caution *stricto sensu*, à l'exclusion du cautionnement réel. La chambre commerciale a en effet jugé que le fait pour une personne physique de garantir un engagement par une hypothèque sur un bien immobilier ne peut donner lieu à responsabilité de la banque sur le fondement de la disproportion en retenant que « la sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers, n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui, n'est pas un cautionnement

285. Code de la consommation, article L. 313-10.

et que, s'agissant d'une hypothèque sur un bien limitée à celui-ci, elle est nécessairement adaptée aux capacités financières du constituant, ainsi qu'aux risques de l'endettement né de l'octroi du crédit²⁸⁶ ». De sorte que, même si le garant consent une hypothèque sur son habitation principale, celle-ci se trouve exposée aux poursuites sans que son engagement puisse être considéré comme devant faire l'objet d'une mise en garde au motif qu'il serait hors de proportion avec son patrimoine et ses ressources.

Cette même loi du 1^{er} août 2003 a certes permis à l'entrepreneur de procéder à une déclaration d'insaisissabilité pour faire échapper son bien aux poursuites des créanciers. Mais il reste que les établissements de crédit consentent des financements à la mesure des garanties offertes et qu'ils pourront légitimement soumettre l'octroi d'un crédit à la fourniture d'une caution ou d'une garantie hypothécaire. Reste alors à celui qui sollicite le crédit à peser lui-même les risques encourus et au dispensateur de crédit à décider s'il partage ces risques.

La protection des personnes vulnérables en droit commercial est donc un exercice difficile qui doit concilier protection d'intérêts lourdement exposés, liberté d'entreprise et principe de non-ingérence. La jurisprudence s'y emploie, en réservant en principe la protection aux personnes vulnérables qui n'ont pas une connaissance suffisante des risques encourus. L'évolution, cependant, paraît aller dans le sens d'une protection accrue des personnes vulnérables, c'est-à-dire susceptibles d'être blessées dans leurs intérêts patrimoniaux, et cela sans considération d'un éventuel égal accès à l'information. Ce mouvement, du reste, n'est pas seulement le fait du législateur. On a vu que la jurisprudence actuelle admet que celui qui investit sur le service à règlement différé peut, quel que soit son degré de connaissance des risques, se prévaloir des manquements à l'obligation de couverture, de la même façon que la loi autorise la caution, même avertie ou impliquée, à opposer la disproportion de son engagement. On a pu constater, néanmoins, que ces deux situations présentent, en dépit des évidentes différences qui les opposent, le point commun d'être sources d'une particulière vulnérabilité pour l'investisseur ou la caution.

286. Com., 24 mars 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 43, pourvoi n° 08-13.034 (rendu dans une espèce où n'était pas en cause la protection du code de la consommation, mais la solution est transposable).

La notion de dépendance économique en droit de la concurrence

Aux termes de l'article L. 420-2 du code de commerce :

« Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme. »

La Cour de cassation a eu de nombreuses occasions de se prononcer sur l'interprétation de la notion de dépendance en application de ces dispositions.

En application des dispositions précédentes, la notion de dépendance économique doit être strictement entendue.

Il s'agit uniquement de la dépendance d'une entreprise vis-à-vis d'une autre entreprise (Com., 2 décembre 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 201, pourvoi n° 08-10.731).

La situation de dépendance est la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables.

Cette définition renvoie pour partie à l'ancien texte de l'article L. 420-1 du code de commerce qui était ainsi rédigé :

« Est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises :

- 1° D'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ;
- 2° De l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente. »

L'absence de solution équivalente constitue une condition essentielle pour la qualification de l'abus de dépendance économique.

Au plan général, la dépendance d'une entreprise (fournisseur ou client) vis-à-vis d'une autre (client ou fournisseur de la première) s'apprécie en déterminant si l'entreprise dont il est allégué qu'elle est dépendante se trouvait dans l'impossibilité (Com., 9 avril 2002,

pourvoi n° 00-13.921) de trouver d'autres débouchés ou fournisseurs (Com., 10 décembre 1996, *Bull.* 1996, IV, n° 309, pourvoi n° 95-20.931) dans des conditions techniques et économiques comparables (Com., 3 mars 2004, *Bull.* 2004, IV, n° 44, pourvoi n° 02-14.529).

L'état de dépendance économique d'un distributeur, au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables (Com., 3 mars 2004, *Bull.* 2004, IV, n° 44, pourvoi n° 02-14.529).

Mais un coopérateur ne peut invoquer à l'égard de la coopérative de commerçants dont il est membre, laquelle a pour objet d'améliorer par l'effort commun de ses associés les conditions dans lesquelles ceux-ci exercent leur activité commerciale, le bénéfice des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce concernant l'abus de situation de dépendance (Com., 4 juillet 2006, pourvoi n° 03-16.443).

La notion de solution substitutive équivalente ne doit pas être interprétée dans un sens trop étroit.

Ainsi, le simple fait qu'une entreprise (de distribution) soit obligée de passer par des grossistes pour s'approvisionner en produits d'une marque plutôt que d'avoir un approvisionnement direct est insuffisant pour lui conférer la caractérisation d'entreprise en situation de dépendance. Tout dépend des options que cette entreprise a en effet (Com., 16 décembre 2008, pourvoi n° 08-13.423).

Mais si l'entreprise dispose de solutions substitutives équivalentes, elle n'est pas en situation de dépendance.

Ainsi une société victime d'une augmentation de loyers qui ne justifie pas avoir été dans l'impossibilité de rechercher d'autres locaux pour exercer son activité moyennant paiement d'un loyer plus adapté à ses perspectives de rentabilité n'établit pas qu'elle était en situation de dépendance vis-à-vis de son cocontractant (Com., 6 février 2007, pourvoi n° 05-21.948).

Enfin, la notion de dépendance est une notion objective qui ne résulte pas des choix stratégiques de l'entreprise qui allègue qu'elle est en situation de dépendance.

Par exemple, une entreprise qui disposait de solutions de diversification qu'elle n'avait pas souhaité poursuivre n'est pas en situation de dépendance (Com., 6 juin 2001, *Bull.* 2001, IV, n° 112, pourvoi n° 99-20.831).

De même une cour d'appel justifie légalement sa décision en retenant qu'un distributeur X n'est pas dépendant d'un fournisseur Y après avoir relevé que la part des achats du distributeur X en produits du fournisseur Y ne tenait pas à l'inexistence de produits substituables mais au choix délibéré de la société X de privilégier l'une de ses sources potentielles d'approvisionnement (Com., 3 mars 2004, *Bull.* 2004, IV, n° 44, pourvoi n° 02-14.529).

Encore, l'état de dépendance économique est écarté lorsque l'importance du chiffre d'affaires est la conséquence d'un choix délibéré du revendeur de concentrer ou recentrer son activité avec un seul partenaire (Com., 10 décembre 1996, *Bull.* 1996, IV, n° 310, pourvoi

n° 94-16.192). En effet, dans ce cas, le revendeur ne subit pas son état de dépendance économique : il l'a choisi en adoptant une stratégie commerciale à ses risques et périls (*Contrats, consom.* 2004, comm. 140, obs. M. Malaurie-Vignal).

La question de savoir si l'entreprise dispose ou non d'une situation équivalente doit faire l'objet d'une appréciation concrète au cas par cas.

Ainsi, prive sa décision de base légale une cour d'appel qui, après avoir constaté que les parties n'étaient liées par aucun écrit et par aucun engagement formel d'exclusivité, ne vérifie pas de façon concrète si la société sous-traitante était, par le fait de la société de maintenance, dans l'impossibilité de trouver d'autres débouchés sur le marché local concurrentiel de la réparation des conteneurs ou si elle avait négligé de s'assurer de solutions de substitution (Com., 10 décembre 1996, *Bull.* 1996, IV, n° 309, pourvoi n° 95-20.931).

Dans cette appréciation concrète de nombreux éléments économiques peuvent être pris en compte.

Ainsi, l'existence d'un état de dépendance économique d'un distributeur par rapport à un fournisseur s'apprécie en tenant compte de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de sa part dans le marché considéré et dans le chiffre d'affaires du revendeur ainsi que de l'impossibilité pour ce dernier d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents (Com., 9 avril 2002, pourvoi n° 00-13.921).

Mais la seule circonstance qu'un distributeur (un fournisseur) réalise une part très importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur (de ses ventes auprès d'un seul client) ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce, car elle est insuffisante pour établir que l'entreprise était dans l'impossibilité de trouver une situation substitutive puisqu'elle n'établit pas l'absence de solution équivalente.

De même, la baisse régulière du chiffre d'affaires avec un cocontractant est insuffisante à établir la dépendance vis-à-vis de lui si le CA de l'entreprise est resté stable faisant ainsi ressortir que la société avait pu compenser par d'autres activités la réduction de tonnage enregistrée (Com., 20 février 2007, pourvoi n° 04-14.446).

En revanche, il est possible de déduire l'absence de situation de dépendance du fait que l'entreprise a réorienté ses activités.

Ainsi, ne se détermine pas par des motifs inopérants et justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, ayant fait ressortir qu'une société ne pouvait se prévaloir de l'absence de solution équivalente, et ayant relevé que la réorientation de ses activités avait pu être effectuée sans difficulté, en a déduit que l'état de dépendance dont se prévalait la société n'était pas établi (Com., 9 avril 2002, pourvoi n° 00-13.921).

Le fait que le CA d'une entreprise s'accroisse après rupture de la relation commerciale avec son fournisseur (tout en vendant le même produit nécessitant les mêmes fournitures) implique qu'elle n'était pas dans la dépendance économique de celui-ci (Com., 11 juillet 2006, pourvoi n° 05-18.075).



V

**Contributions
de la chambre
sociale de la Cour
de cassation**

Les personnes âgées, ou dont la santé est altérée, et l'emploi

Si l'on admet que la notion de personnes vulnérables se comprend de personnes affectées d'une fragilité particulière, qui leur est propre, et qui les rend relativement moins capables que les autres personnes à exercer leurs droits et libertés au mieux de leurs intérêts, il n'est guère douteux que les personnes âgées et les personnes dont la santé est altérée sont des personnes vulnérables. Elles le sont dans toutes les circonstances de la vie. Et elles le sont, notamment, au regard de l'emploi.

En effet, en vertu de l'alinéa 5 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui figure en préambule de notre Constitution, « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ». De son côté, la chambre sociale de la Cour de cassation a dégagé « le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle²⁸⁷ » dont elle fait une application régulière. Il existe donc dans notre droit positif un droit à l'emploi et (ou) ce que l'on pourrait appeler une liberté *fondamentale* de travailler.

Or, les statistiques révèlent que les personnes handicapées connaissent des difficultés particulières et importantes de participation au marché du travail et d'accès à l'emploi puisque leur taux d'activité est très inférieur à celui de l'ensemble des personnes de 15 à 64 ans (44 % contre 71 %), et leur taux d'emploi également (35 % contre 65 %). Elles occupent du reste plus souvent des postes peu qualifiés et à temps partiel que l'ensemble de la population et expriment des besoins importants en matière d'aménagement du poste de travail ainsi qu'en soutien et compréhension des collègues et des supérieurs²⁸⁸.

De la même manière, il est bien connu que le taux d'emploi des seniors en France est particulièrement faible, puisqu'il est de 38,3 % (des 55-64 ans, en 2007), contre 44,7 % en moyenne au niveau européen²⁸⁹, à quoi il s'ajoute que dans certains services d'activité l'embauche de seniors se fait principalement par voie de contrat à durée déterminée, c'est-à-dire de contrat précaire²⁹⁰.

Au demeurant, les deux sources de faiblesse (âge et maladie ou handicap) au regard de l'emploi se cumulent bien souvent.

Il est ainsi patent que les personnes âgées et malades ou handicapées ont relativement plus de mal que les autres personnes à réaliser leur droit à l'emploi et à exercer leur liberté

287. Soc., 10 juillet 2002, *Bull.* 2002, V, n° 239 (trois arrêts), pourvois n° 00-45.135, 00-45.387 et 99-43.334 à 336.

288. DARES, *Premières Synthèses, l'accès à l'emploi des personnes handicapées en 2007*, novembre 2008, n° 47-1.

289. N. Dauxerre, « La solution française à l'emploi des seniors », *La Semaine juridique Social*, 2009, n° 1474.

290. INSEE Travail-Emploi, *Les Seniors franciliens : peu mobiles et souvent embauchés en CDD*.

(fondamentale) d'exercer une activité professionnelle. Cela se manifeste aussi bien au niveau de l'accès à l'emploi (1.) qu'au niveau du maintien dans l'emploi (2.). Pourtant, des outils juridiques existent qui s'efforcent de prendre en compte cette vulnérabilité liée à l'âge ou à l'état de santé à l'effet d'y remédier.

1. L'ACCÈS À L'EMPLOI DES PERSONNES VULNÉRABLES EN RAISON DE L'ÂGE OU DE L'ÉTAT DE SANTÉ

C'est une évidence que les entreprises recrutent moins volontiers des personnes âgées ou dont l'état de santé est altéré parce qu'elles sont jugées moins performantes ou moins productives dans le travail, voire potentiellement moins assidues au travail.

Pour promouvoir ou rétablir un égal accès de ces personnes à l'emploi avec les autres personnes, il est deux instruments juridiques qui paraissent s'imposer et coexistent dans notre droit positif : l'interdiction des discriminations à l'embauche (1.1.) ; les mesures incitatives à l'embauche ou actions prioritaires au profit de ces personnes (1.2.).

La difficulté, c'est que l'on voit bien que ces instruments se contrarient : comment poser un principe (général) de non-discrimination si, dans le même temps, sont prises des mesures particulières qui lui portent atteinte ? Or, le principe de non-discrimination n'est pas que de droit national, il est prévu par une directive communautaire²⁹¹.

La difficulté est toutefois réglée par la directive elle-même dont les dispositions ont été fidèlement transposées en droit national. Ainsi résulte-t-il de l'article L. 1133-1 du code du travail que l'article L. 1132-1 (qui énonce les discriminations prohibées et pose en conséquence un principe très large de non-discrimination) 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. Par conséquent, sous réserve de satisfaire à ces conditions, des mesures incitatives ou actions prioritaires au profit de certaines personnes vulnérables peuvent valablement coexister avec le principe de non-discrimination.

1.1. L'interdiction des discriminations à l'embauche

Elle est prévue par l'article L. 1132-1 du code du travail selon lequel aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise en raison, notamment, *de l'âge, de l'état de santé ou de son handicap*.

291. Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000.

Il en résulte que l'altération de la santé ou la survenance d'un certain âge ne peuvent constituer (en tant que telles) un motif de refus de recrutement ou de stage²⁹².

Corrélativement, il s'en déduit que le candidat à une embauche ne peut être tenu de révéler à l'employeur son état de santé ou son handicap : ainsi a-t-il été jugé que les renseignements relatifs à l'état de santé du candidat à un emploi ne peuvent être confiés qu'au médecin chargé de l'examen médical d'embauche et que l'employeur ne peut se prévaloir d'un prétendu dol du salarié quant à son état de santé ou son handicap que ce dernier n'a pas à lui révéler; que, d'une manière générale, ne revêt pas un caractère fautif le fait pour un salarié de ne pas révéler à l'employeur sa qualité de travailleur handicapé²⁹³.

Cela étant, on imagine bien qu'il peut être difficile de dissimuler son handicap et son âge et qu'il est malaisé, au surplus, d'établir que ces éléments ont constitué le motif de non-recrutement. C'est pourquoi le législateur a institué un mécanisme probatoire destiné à faciliter la preuve d'une discrimination à l'embauche duquel il résulte que le candidat à l'embauche n'a, d'une certaine manière, que la charge de l'allégation puisqu'il n'est tenu en vertu de l'article L. 1134-1 du code du travail que « de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte »..., à charge pour l'employeur, quand cela a été fait, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Pour autant, même une allégation aussi sommairement étayée (*éléments de fait laissant supposer...*) est délicate à soutenir, ce qui explique qu'on ne trouve guère en jurisprudence de contentieux en matière de discrimination à l'embauche. C'est toutefois possible puisque la cour d'appel de Paris a admis qu'une discrimination *raciale* à l'embauche pouvait être constituée au vu des éléments qui lui étaient produits en sorte qu'une discrimination en raison de l'état de santé ou de l'âge pourrait l'être également²⁹⁴.

Par ailleurs, la chambre sociale de la Cour de cassation a marqué son attention à cette question de la discrimination à l'embauche en décidant que les dispositions de l'article L. 122-45 du code du travail étaient applicables à la période d'essai et en approuvant une cour d'appel d'avoir jugé sur le fondement de ce texte que la rupture du contrat de travail d'un salarié pendant l'essai était nulle après avoir constaté que l'employeur avait manifestement souhaité écarter un salarié en raison des ses récents problèmes de santé²⁹⁵.

292. Sous réserve que, de manière assez paradoxale, l'article L. 1133-2 du code du travail dispose que les différences de traitement fondées sur l'âge peuvent, notamment, consister en la fixation d'un âge *maximal* pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

293. Soc., 6 mai 2003, pourvoi n° 01-41.370; Soc., 21 septembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 262, p. 230, pourvoi n° 03-44.855; Soc., 7 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 326, pourvoi n° 05-41.380, *JCP* 2007, éd. S, n° 1053, note P.-Y. Verkindt.

294. CA Paris, 17 octobre 2003, 11^e ch., n° 03-387, *RJS* 2004, n° 171.

295. Soc., 16 février 2005, *Bull.* 2005, V, n° 52, pourvoi n° 02-43.402. Ce n'était certes pas une discrimination à l'embauche mais presque puisque l'employeur entendait user de la liberté de rupture pendant l'essai pour ne pas embaucher définitivement le salarié en raison de son état de santé.

Reste que, compte tenu de ses pouvoirs d'enquête et d'investigation, la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) est sans doute mieux armée que le juge pour faire respecter le principe de non-discrimination à l'embauche en raison de l'état de santé et de l'âge. Ainsi, nombreuses sont les délibérations qui pointent une discrimination en raison d'un tel motif : on se bornera ici à citer, concernant la prise en compte de l'âge, les délibérations n° 2009-199 du 27 avril 2009 (personne écartée d'une procédure de recrutement), n° 2008-202 du 29 septembre 2008 (refus d'embauche), et n° 2009-206 du 18 mai 2009 (refus de stage professionnel)²⁹⁶ ou encore, concernant la prise en compte du handicap, les délibérations n° 2009-128 du 27 avril 2009 (refus de prendre les mesures appropriées pour permettre au réclamant handicapé d'accéder à l'emploi), et n° 2007-239 du 1^{er} octobre 2007 (discrimination indirecte à l'embauche).

Le *curriculum vitae* anonyme constituerait sans doute la mesure la plus efficace de lutte contre les discriminations à l'embauche et partant de réalisation du droit à l'emploi pour les personnes vulnérables en raison de l'âge ou de l'état de santé. Cette mesure a été inscrite dans la loi sur l'égalité des chances qui l'a rendue obligatoire pour les entreprises de plus de cinquante salariés²⁹⁷. Mais le décret permettant son application n'a jamais été publié. Un certain nombre d'entreprises se sont toutefois portées volontaires pour une expérimentation du *curriculum vitae* anonyme avec le soutien des pouvoirs publics²⁹⁸.

Ces éléments laissent entrevoir qu'une politique volontariste marquée par des incitations à l'embauche ciblées constitue sans doute le moyen juridique le plus efficace pour rétablir une certaine égalité d'accès à l'emploi au profit des personnes âgées et handicapées.

1.2. Les mesures incitatives à l'embauche (ou actions prioritaires en faveur des personnes âgées et handicapées)

S'agissant de dispositions législatives n'ayant pas donné lieu (à notre connaissance) à de la jurisprudence, on se contentera ici de les citer et d'en indiquer brièvement le contenu, sauf à rappeler qu'en vertu de l'article L. 1133-4 du code du travail les mesures prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement, prévues à l'article L. 5213-6, ne constituent pas une discrimination, tandis qu'en vertu de l'article L. 1133-2 du même code les différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime... et lorsque les moyens de réaliser ce but sont nécessaires et appropriés.

Certaines de ces mesures concernent donc les personnes handicapées (1.2.1.), d'autres les personnes âgées (1.2.2.).

296. Voir également les exemples cités par J.-P. Lhernould, « Le chantier des discriminations en raison de l'âge », *RJS* 2007, p. 595, notamment n° 17 et 18.

297. Article L. 1221-7 du code du travail issu de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances (article L. 121-6-1 avant la recodification).

298. Journal *Le Monde* du 4 novembre 2009; *Feuilleton rapide Francis Lefebvre* 19/09, p. 10. Parmi les mentions occultées dans le cadre de l'expérimentation, il y aura l'âge et la date de naissance.

1.2.1. L'obligation d'emploi de personnes handicapées dans les entreprises de vingt salariés et plus

Aux termes des articles L. 5212-1 et L. 5212-2 du code du travail, tout employeur du secteur privé et tout établissement public industriel et commercial occupant vingt salariés et plus doit employer à hauteur de 6 % de l'effectif total de ses salariés des travailleurs handicapés, mutilés de guerre et assimilés, cette obligation d'emploi s'appliquant établissement par établissement (article L. 5212-3) dans les entreprises à établissements multiples²⁹⁹.

L'obligation d'emploi ainsi prévue peut être accomplie selon des modalités diverses : en totalité, par embauche directe de travailleurs handicapés ; partiellement, par l'accueil de stagiaires, la conclusion de contrats avec certaines entreprises ou structures (accueillant des personnes handicapées), la conclusion d'un accord de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement prévoyant la mise en œuvre d'un programme annuel ou pluriannuel en faveur de travailleurs handicapés.

En application de l'article L. 5212-9, les employeurs tenus à l'obligation d'emploi peuvent s'acquitter de cette obligation en versant au fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés (AGEFIPH) une contribution annuelle pour chacun des bénéficiaires qu'ils auraient dû employer.

Ces dispositions existent depuis une loi de 1987 (n° 87-517) mais la loi du 11 février 2005 (n° 2005-102) pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées a sensiblement majoré le montant de cette contribution tout en prévoyant l'application d'un coefficient de minoration pour tenir compte des efforts consentis par l'employeur en matière de maintien dans l'emploi ou de recrutement de bénéficiaires de l'obligation d'emploi.

En outre, cette même loi, entrée en application au 1^{er} janvier 2006, prévoit qu'en cas de non-respect de l'obligation d'emploi pendant une durée de trois ans les employeurs seront astreints à titre de pénalité au versement au Trésor public d'une somme dont le montant est égal au montant de la contribution due ou restant due, calculée en multipliant le nombre de bénéficiaires manquants le cas échéant pondéré par 1 500 fois le SMIC horaire et ce quel que soit l'effectif total de salariés de l'entreprise, majorée de 25 %. Les entreprises qui n'auront rien fait avant la fin 2009 devront donc s'acquitter en 2010 de cette pénalité³⁰⁰.

299. Les bénéficiaires de l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés représentaient 2,4 % de l'effectif des établissements concernés par cette obligation en 2007 et 28 % des établissements n'en employaient aucun, directement ou indirectement. DARES, *Premières Synthèses*, octobre 2009, n° 44-3. 300. L'obligation d'emploi en faveur des travailleurs handicapés, site du ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville : www.travail-solidarite.gouv.fr/informations-pratiques/fiches-pratiques/travailleurs-handicapes.

1.2.2. Le contrat à durée déterminée seniors et la loi du 17 décembre 2008 imposant aux branches et aux entreprises de prendre des mesures en faveur de l'emploi des seniors par le biais d'un accord collectif ou d'un plan d'action

Pour favoriser le retour à l'emploi des salariés âgés et leur permettre d'acquérir par leur activité des droits supplémentaires en vue de la liquidation de leur retraite à taux plein, un décret du 28 août 2006 (n° 2006-1070)³⁰¹ aménageant les dispositions relatives au contrat à durée déterminée a créé ce qu'il est convenu d'appeler le « CDD seniors », en vertu duquel un employeur peut conclure avec toute personne âgée de plus de 57 ans inscrite depuis plus de trois mois comme demandeur d'emploi ou bénéficiant d'une convention de reclassement personnalisé un contrat de travail à durée déterminée pour une durée maximale de dix-huit mois, renouvelable une fois. Assez curieusement, ce nouveau contrat qui trouvait sa source dans l'accord national interprofessionnel du 13 octobre 2005 relatif aux seniors a connu un échec puisque, après un an d'application une petite vingtaine de demandeurs d'emploi de plus de 57 ans avaient été recrutés en vertu d'un tel contrat.

Pour inverser la tendance et augmenter sensiblement le taux d'emploi des personnes de plus de 50 ans, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 a institué un mécanisme ainsi conçu³⁰² :

– Au 1^{er} janvier 2010, les entreprises d'au moins 50 salariés ou appartenant à un groupe d'au moins 50 salariés devront être couvertes par un accord collectif ou un plan d'action relatif à l'emploi des salariés âgés (d'une durée de trois ans).

– L'accord ou le plan devra comporter : un objectif de maintien dans l'emploi (salariés âgés de 55 ans et plus) ou de recrutement (demandeurs d'emploi de plus de 50 ans) des personnes d'un certain âge ; des dispositions favorables au maintien dans l'emploi et au recrutement des salariés âgés portant sur trois domaines d'action, au moins, choisis parmi six possibles³⁰³.

– Les entreprises qui n'auront pas rempli leur obligation de mise en place d'un accord ou de plan d'action sur l'emploi des seniors seront redevables d'une pénalité égale à 1 % des rémunérations ou gains versés aux travailleurs salariés ou assimilés pour chaque mois entier au titre duquel l'entreprise ne sera pas couverte par un accord ou un plan d'action.

Il n'est pas sûr que ce dispositif soit sensiblement plus efficace que le contrat à durée déterminée seniors en ce qui concerne le recrutement (de personnes âgées), sauf objectif

301. Articles D. 1242-2 et D. 1242-7 du code du travail.

302. Articles L. 138-24, L. 138-25, L. 138-26 du code de la sécurité sociale et R. 138-26 à R. 138-31 du même code issus du décret n° 2009-560 du 20 mai 2009 pris pour l'application de la loi. Pour un commentaire de ces dispositions, N. Dauxerre, « La solution française à l'emploi des seniors », *JCP* 2009, éd. S, n° 1474.

303. Recrutement des salariés âgés dans l'entreprise, anticipation de l'évolution des carrières professionnelles, amélioration des conditions de travail et prévention des situations de pénibilité, développement des compétences et des qualifications et accès à la formation, aménagement des fins de carrière et de la transition entre activité et retraite, transmission des savoirs et des compétences et développement du tutorat.

chiffré élevé peu probable. En revanche, conjugué à un certain nombre de règles légales ou dégagées par la jurisprudence, il pourrait s'avérer très utile en ce qui concerne le maintien dans l'emploi de ces personnes.

2. LE MAINTIEN DANS L'EMPLOI DES SALARIÉS ÂGÉS ET MALADES, INAPTES OU HANDICAPÉS

Les personnes âgées ou dont la santé est altérée sont particulièrement exposées à la perte de leur emploi car il peut être tentant pour les entreprises de se séparer d'elles au motif qu'elles seraient moins productives et plus coûteuses que les autres salariés et porteraient par là même préjudice à la compétitivité des entreprises. Cependant, il est plus aisé pour le droit de tenir en échec cette tentation en mettant en place des dispositifs de protection de l'emploi qui ne se heurtent pas ici, comme en matière de recrutement, à la liberté d'embauche de l'employeur, corollaire du principe constitutionnel de la liberté d'entreprendre.

Ces dispositifs sont d'abord des dispositifs préventifs, destinés à prévenir l'altération de la santé des salariés de telle manière qu'ils ne soient pas malades ou inaptes à leur emploi, ou destinés à accompagner l'évolution de leur capacité à occuper un emploi quand elle est compromise par l'âge, de telle manière qu'ils ne soient pas moins productifs du fait de l'atteinte d'un certain âge (2.1.).

Ce sont ensuite des dispositifs de protection de l'emploi et d'accompagnement de la personne devenue inapte à son poste ou handicapée, destinés tout à la fois à prémunir le salarié contre la perte de son emploi au seul motif qu'il serait malade, inapte, ou âgé, ou en toute hypothèse à faire que l'employeur soit tenté de le reclasser sur un nouvel emploi avant de le licencier (2.2.).

2.1. Les mesures préventives

Deux obligations pesant sur l'employeur, dégagées de manière prétorienne, sont de nature à prévenir l'altération de la santé du salarié ou à adapter son emploi quand la survenance d'un certain âge est de nature à compromettre sa capacité à l'occuper : ce sont l'obligation de sécurité de résultat (2.1.1.) et l'obligation d'adaptation (2.1.2.).

2.1.1. L'obligation de sécurité de résultat

Le plus simple pour éviter qu'un problème de santé ne compromette l'emploi du salarié, c'est évidemment que sa sécurité et sa santé au travail soient assurées et protégées.

À cet égard, l'article L. 4121-1 du code du travail dispose que l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs.

Sur le fondement de ce texte légal, interprété à la lumière de la Directive européenne 89/391, du 12 juin 1989, la Cour de cassation a énoncé que l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise dont il doit assurer l'effectivité³⁰⁴.

Il n'en résulte sans doute pas que le salarié doit être rendu indemne par l'employeur de toute affection à l'issue de l'exécution de la prestation de travail, mais peu s'en faut.

Ainsi a-t-il notamment été jugé :

- que manque à cette obligation et ne satisfait 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 borne 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 ; ce dont il résulte que dès lors qu'il est établi que l'employeur a manqué à son obligation de protection d'un salarié contre le tabagisme dans l'entreprise, la prise d'acte, par celui-ci, de la rupture du contrat de travail en raison de ce manquement, produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse³⁰⁵ ;
- que l'employeur est tenu envers ses salariés d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, notamment en matière de harcèlement moral, et que l'absence de faute de sa part ne peut l'exonérer de sa responsabilité³⁰⁶ ;
- que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité ; qu'il ne peut dès lors laisser un salarié reprendre son travail après une période d'absence d'au moins huit jours pour cause d'accident du travail sans le faire bénéficier lors de la reprise du travail, ou au plus tard dans les huit jours de celle-ci, d'un examen par le médecin du travail destiné à apprécier son aptitude à reprendre son ancien emploi, la nécessité d'une adaptation des conditions de travail ou d'une réadaptation ou éventuellement de l'une et de l'autre de ces mesures³⁰⁷ ;
- que l'obligation de sécurité de résultat à laquelle est tenu l'employeur lui impose d'adopter les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs et *lui interdit en conséquence de prendre, dans l'exercice de son pouvoir de direction et dans l'organisation du travail, des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de compromettre la santé et la sécurité des salariés*³⁰⁸.

304. Soc., 28 février 2002, *Bull.* 2002, V, n° 81 (quatre arrêts), pourvois n° 00-10.051, 99-17.221, 99-21.255 et 99-17.201 ; Soc., 28 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 87, pourvoi n° 05-41.555. Dans les premiers arrêts, la Cour de cassation fondait cette obligation sur le contrat de travail. Par la suite, elle a considéré qu'elle procédait de la loi interprétée à la lumière de la Directive.

305. Soc., 29 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 219, pourvoi n° 03-44.412.

306. Soc., 21 juin 2006, *Bull.* 2006, V, n° 223, pourvoi n° 05-43.914 à 919.

307. Soc., 28 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 87, pourvoi n° 05-41.555. La solution a été étendue à des absences répétées pour une maladie non professionnelle ; Soc., 16 juin 2009, *Bull.* 2009, V, n° 147, pourvoi n° 08-41.519.

308. Soc., 5 mars 2008, *Bull.* 2008, V, n° 46, pourvoi n° 06-45.888 (confirmé par Soc., 24 juin 2009, pourvois n° 07-41.911 et 08-41.050).

Il apparaît au travers de ces exemples, et en particulier du dernier, que l'employeur doit tout mettre en œuvre, au titre de son obligation de sécurité de résultat, pour protéger la santé de ses salariés et assurer leur sécurité³⁰⁹ ou s'abstenir de toute mesure propre à les compromettre.

Et s'il advient qu'une altération de la santé du salarié est constatée par le médecin du travail à l'occasion d'une visite de surveillance et nécessite une adaptation ou un aménagement de son poste de travail, l'article L. 4624-1 du code du travail³¹⁰ vient prendre appui sur l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur pour imposer à celui-ci une telle adaptation ou un tel aménagement. Ainsi est-il jugé que l'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, doit en assurer l'effectivité en prenant en considération les propositions de 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 que le médecin du travail est habilité à faire en application de l'article L. 241-10-1 du code du travail (devenu L. 4624-1). Le chef d'entreprise est, en cas de refus, tenu de faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite. Justifie ainsi légalement sa décision d'annuler un avertissement donné à un salarié pour faible productivité la cour d'appel qui constate que les réserves du médecin du travail étaient de nature à expliquer l'insuffisance de résultats et que l'employeur n'avait pas cherché à lui fournir un poste compatible avec les recommandations du médecin du travail³¹¹.

2.1.2. L'obligation (générale) d'adaptation du salarié³¹²

Elle a été dégagée par la Cour de cassation dès 1992 de l'article 1134, alinéa 3, du code civil (exécution de bonne foi du contrat de travail)³¹³.

C'est une obligation permanente de l'employeur dans l'exécution du contrat de travail, désormais fondée sur l'article L. 1222-1 du code du travail, dont il résulte que l'employeur doit adapter le salarié à son poste de travail et qu'en conséquence son inaptitude *professionnelle* (et non physique) ne peut être invoquée au soutien de son licenciement (notamment

309. « Si la Cour de cassation persiste à la qualifier d'obligation de résultat, c'est qu'elle lui fait recourir des exigences allant au-delà de ce qu'emporte la lettre des articles L. 4121-1 et suivants du code du travail », J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 2008, n° 657.

310. Lequel dispose que « 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. L'employeur 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 ».

311. Soc., 19 décembre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 216, pourvoi n° 06-43.918. Dans le même sens, Soc., 7 juillet 2009, pourvoi n° 08-42.300.

312. Sur cette obligation, J.-Y. Frouin, « Inaptitude et perte d'emploi », *Dr. ouvrier* 2006, p. 105, notamment les développements sur la prévention et le traitement de l'inaptitude professionnelle, p. 107 à 109.

313. Soc., 25 février 1992, *Bull.* 1992, V, n° 122, p. 74, pourvoi n° 89-41.634.

pour insuffisance professionnelle) que pour autant qu'il est justifié par l'employeur qu'il y a préalablement satisfait.

Cette obligation générale et permanente de l'employeur est consacrée par la loi dans les dispositifs de formation professionnelle continue sous l'article L. 6321-1 du code du travail, lequel énonce que « l'employeur assure l'adaptation des salariés à leur poste de travail. Il veille au maintien de leur capacité à occuper un emploi au regard, notamment, de l'évolution des emplois, des technologies et des organisations. Il peut proposer des formations qui participent au développement des compétences, ainsi qu'à la lutte contre l'illettrisme ».

Sans doute s'agissait-il initialement d'adapter le salarié à une évolution de son emploi³¹⁴, mais les termes de la loi sont assez généraux (assurer l'adaptation de salariés à leur poste de travail, veiller *au maintien de leur capacité à occuper un emploi*) pour qu'il apparaisse à l'évidence qu'il s'agit également de l'adaptation du poste de travail à l'évolution du salarié.

Au demeurant, il a été jugé sur le fondement du texte légal, après le rappel de l'obligation qu'il formule, qu'une cour d'appel ayant relevé que l'employeur avait sciemment maintenu le salarié muté à un poste qu'il était incapable de tenir, a caractérisé un abus de droit, de sorte que l'insuffisance de résultats de l'intéressé dans l'accomplissement de ses nouvelles fonctions ne pouvait constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement³¹⁵.

Par conséquent, l'obligation d'adaptation pesant sur l'employeur couvre tout aussi bien l'obligation d'adapter le salarié à une évolution de son emploi ou de son travail qu'une obligation d'adapter le (poste de) travail du salarié à une évolution de celui-ci qui peut être liée à une modification de sa capacité (en considération de l'âge par exemple) à occuper son emploi.

L'obligation d'adaptation sous ce dernier aspect est, du reste, au cœur du dispositif que la loi, précédemment évoquée (cf. *supra*, 1.2.2.), a imposé aux entreprises de plus de cinquante salariés de mettre en place au plus tard le 1^{er} janvier 2010 à l'effet de permettre le maintien au travail des seniors. Il en résultera en effet, au travers de l'accord collectif ou du plan d'action attendus un certain nombre d'objectifs venant concrétiser l'obligation générale d'adaptation à la charge de l'employeur dans le but de maintenir au travail les personnes que l'âge (sans cette adaptation) pourrait rendre moins performantes ou moins productives.

En somme, l'obligation d'adaptation de l'employeur vient compléter, en dehors de toute altération de la santé, l'obligation de sécurité de résultat afin de prévenir une inaptitude *professionnelle* du salarié tant en raison de l'âge que de l'état de santé, et partant de faire disparaître l'inaptitude professionnelle comme cause réelle et sérieuse de licenciement puisque justement il ne devrait plus y avoir d'inaptitude professionnelle propre à fonder un licenciement, si ce n'est qu'à la marge, dès lors que ces obligations ont été satisfaites.

C'est ici le lieu d'ajouter qu'une telle obligation permanente d'adaptation est, par ailleurs, expressément prévue par la loi, en ce qui concerne les salariés handicapés. Il est, en effet,

314. C'était d'ailleurs la formule adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt de 1992 : *adapter le salarié à l'évolution de son emploi...*

315. Soc., 29 mai 2002, pourvoi n° 00-40.996.

prévu par l'article L. 5213-6 du code du travail que, pour garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend en fonction des besoins dans une situation concrète les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs handicapés de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée.

2.2. Les mesures de protection de l'emploi et d'accompagnement dans l'emploi

En dehors des mesures propres à prévenir l'inaptitude professionnelle en raison de l'âge et de l'état de santé, il existe des dispositifs juridiques destinés directement à protéger ou maintenir l'emploi des personnes vulnérables en raison de l'altération de leur santé ou de la survenance d'un certain âge. Il s'agit, d'abord, de limitations au pouvoir de licencier (2.2.1.); il s'agit ensuite de mesures d'accompagnement destinées à préserver, sinon l'emploi, du moins un certain emploi, pour les personnes qui ne sont plus aptes à *leur* emploi (2.2.2.).

2.2.1. Les limitations du pouvoir de licencier

L'interdiction du licenciement en raison de l'état de santé du salarié a été prévue par la loi dès 1990³¹⁶. Il s'agissait alors d'empêcher, notamment, que la séropositivité d'un salarié pût être une cause de rupture de son contrat de travail³¹⁷. L'interdiction du licenciement en raison de l'âge du salarié a été rajoutée aux cas de discrimination prohibés déjà prévus par le code du travail par une loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations mais la Cour de cassation avait déjà posé en règle, dès 1995, que l'âge ne peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement³¹⁸.

En l'état actuel de l'article L. 1132-1 du code du travail, aucun salarié ne peut être licencié *en raison de son âge, de son état de santé ou de son handicap*. Est-ce à dire que l'altération de la santé du salarié ou la survenance d'un certain âge ne peuvent jamais être une cause de rupture du contrat de travail? Il faut ici distinguer entre l'état de santé et l'âge.

2.2.1.1. L'interdiction du licenciement en raison de l'état de santé du salarié³¹⁹ et ses conséquences

La maladie et l'accident (professionnels ou non) du salarié étant une cause de suspension du contrat de travail, il en résulte que l'absence au travail du salarié consécutivement à la maladie ou à l'accident ne peut être en soi un motif (valable) de rupture et que toute

316. Loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap.

317. J. Savatier, « Le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé », *RJS* 1998, p. 507.

318. Soc., 6 décembre 1995, *Bull.* 1995, V, n° 331, pourvoi n° 92-40.389.

319. Sur l'ensemble de la question, se reporter au *Rapport annuel* 2007 de la Cour de cassation.

rupture à raison de ce seul motif est une rupture en raison de l'état de santé du salarié³²⁰, et donc nulle par application de l'article L. 1132-4 du code du travail³²¹, ce qui ouvre droit pour le salarié à sa réintégration.

La jurisprudence assimile à cette situation et considère donc comme prononcé en raison de son état de santé, et comme tel nul, le licenciement d'un salarié pour inaptitude sans que l'inaptitude de ce salarié ait été déclarée conformément aux exigences légales³²².

Mais n'est pas un licenciement à raison de l'état de santé le licenciement prononcé pendant une période de suspension pour un motif non lié à l'accident ou à la maladie de sorte que demeure possible (licite) le licenciement du salarié pour une cause réelle et sérieuse étrangère à la maladie si du moins, s'agissant d'une maladie professionnelle ou d'un accident du travail, le licenciement est justifié par une faute grave de l'intéressé ou l'impossibilité pour l'employeur de maintenir le contrat de travail³²³.

Par ailleurs, en vertu d'une jurisprudence constante, il est admis que l'interdiction du licenciement d'un salarié en raison de son état de santé ou de son handicap ne s'oppose pas à son licenciement motivé non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées de l'intéressé sous réserve toutefois que ces perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif³²⁴.

Enfin, le licenciement du salarié en raison de son inaptitude physique, donc pour raison de santé, demeure possible³²⁵ lorsque l'inaptitude a été constatée (régulièrement) par le médecin du travail³²⁶ sauf, comme il sera vu ci-après, à ce qu'il soit justifié par l'employeur d'une impossibilité de reclassement du salarié ou d'un refus par celui-ci des postes (de reclassement) proposés.

2.2.1.2. L'encadrement de la mise à la retraite³²⁷

Il est admis depuis longtemps que l'interdiction du licenciement en considération de l'âge ne fait pas obstacle à la mise à la retraite du salarié par l'employeur dès lors qu'en application de l'article L. 122-14-13 du code du travail le salarié a atteint un certain âge

320. Soc., 13 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 88, p. 67, pourvoi n° 98-43.403.

321. Selon ce texte, toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1132-1 est nul.

322. Soc., 20 septembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 275, pourvoi n° 05-40.241.

323. Article L. 1226-9 du code du travail.

324. Soc., 13 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 84, pourvoi n° 99-40.110.

325. Article 1133-3 du code du travail : « Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin du travail en raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées. »

326. Soc., 25 février 2009, *Bull.* 2009, V, n° 51, pourvoi n° 07-41.724.

327. N. Dauxerre, « La solution française à l'emploi des seniors », *op. cit.*

lui ouvrant droit à pension de vieillesse et qu'il peut bénéficier d'une pension à taux plein à la date de la rupture³²⁸.

La raison en est que la mise à la retraite constitue un mode de rupture autonome du contrat de travail, distinct du licenciement, et qui s'entend de la possibilité donnée à l'employeur de rompre librement et unilatéralement, sans motif ni formalités³²⁹, le contrat de travail d'un salarié qui remplit les conditions légales (notamment un certain âge) exigées pour une mise à la retraite. Bien entendu, quand les conditions légales exigées ne sont pas remplies, la rupture du contrat de travail s'analyse en un licenciement qui est nul comme motivé par la seule considération de l'âge et partant discriminatoire, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation³³⁰.

Cela étant, on voit bien que, pour apprécier dans quelle mesure la mise à la retraite déroge à l'interdiction de la rupture du contrat de travail en raison de l'âge, tout dépend de la détermination de l'âge à partir duquel la mise à la retraite est légalement possible. À cet égard, la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, tout en prévoyant que ce ne pouvait être avant que le salarié ait atteint l'âge de 65 ans, avait admis que des accords collectifs étendus, déterminant des contreparties en termes d'emploi et de formation professionnelle, pussent fixer un âge inférieur dès lors que le salarié pouvait bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein. Et il semble bien que les entreprises aient largement profité de cette dernière possibilité pour se séparer de leurs salariés âgés³³¹.

Cependant, d'une part, il a été prévu par la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007 qu'aucune convention ou aucun accord collectif prévoyant la mise à la retraite à un âge inférieur à 65 ans ne pouvait plus être signé et que les accords antérieurement signés cesseraient de produire leurs effets au 31 décembre 2009; d'autre part, la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, tout en réaffirmant que la mise à la retraite s'entend de la possibilité donnée à l'employeur de rompre le contrat de travail d'un salarié ayant atteint l'âge mentionné au 1° de l'article L. 351-8 du code de la sécurité sociale (soit 65 ans, en vertu de l'article R. 351-27, 1°), a simultanément prévu qu'à cet âge et au cours des quatre années suivantes le salarié dispose d'un droit au refus (de sa mise à la retraite) en sorte que le salarié ne peut être *mis à la retraite* jusqu'à l'âge de 70 ans qu'avec son accord, et que ce n'est que lorsque le salarié atteint l'âge de 70 ans que l'employeur recouvre sa liberté de mettre fin unilatéralement au contrat de travail. S'il le fait avant, sans l'accord du salarié, c'est un licenciement nul ouvrant droit à réintégration conformément à ce qu'a jugé la Cour de cassation³³².

328. Soc., 12 janvier 1993, *Bull.* 1993, V, n° 4, pourvoi n° 89-43.467.

329. Soc., 9 mars 1999, *Bull.* 1999, V, n° 109, pourvoi n° 96-44.312.

330. Soc., 21 décembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 412, pourvoi n° 05-12.816.

331. « Les entreprises rechignent à garder leurs seniors », journal *Le Monde*, 29 août 2009.

332. Cf. *supra*.

2.2.2. Les mesures d'accompagnement (des travailleurs handicapés ou inaptes)

Il doit d'abord être ici rappelé que, selon l'article L. 1233-5 du code du travail, lorsque l'employeur procède à un licenciement pour motif économique... il définit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements... lesquels prennent notamment en compte la situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, *notamment celle des personnes handicapées et des salariés âgés*. Sur le fondement de ce texte, la Cour de cassation a jugé que l'employeur doit prendre en considération l'ensemble des critères qui déterminent l'ordre des licenciements et que, dès lors qu'une société n'a pas pris en compte le handicap du salarié, il en résulte que l'employeur n'a pas respecté les règles relatives à l'ordre des licenciements³³³.

Par conséquent, les travailleurs âgés et handicapés bénéficient d'une certaine priorité de maintien dans l'emploi quand des emplois viennent à être supprimés dans une entreprise et que des licenciements pour motif économique sont envisagés.

Mais surtout, des mesures d'accompagnement sont prévues, à l'endroit des personnes devenues handicapées ou déclarées inaptes à leur emploi par le médecin du travail, de telle manière que, même dans ce cas, le licenciement de ces personnes ne soit en toute hypothèse envisagé qu'après échec ou impossibilité de mesures substitutives destinées à les maintenir dans un emploi, telles qu'un reclassement.

S'agissant des travailleurs handicapés, la loi prévoit que tout travailleur handicapé peut bénéficier d'une réadaptation, d'une rééducation ou d'une formation professionnelle (article L. 5213-3 du code du travail) et que tout établissement ou groupe d'établissements appartenant à une même activité professionnelle de plus de cinq mille salariés assure, après avis médical, le réentraînement au travail et la rééducation professionnelle de ses salariés malades et blessés (article L. 5213-5). Sur le fondement de ce dernier texte, la Cour de cassation a décidé que, « si le manquement de l'employeur à l'obligation prévue à l'article L. 323-17 (c'est-à-dire L. 5213-5) du code du travail ne pouvait affecter le licenciement, il était susceptible de causer au salarié un préjudice que le juge devait réparer³³⁴ ».

S'agissant des salariés déclarés inaptes à reprendre l'emploi qu'ils occupaient précédemment par le médecin du travail, la loi prévoit qu'ils ne peuvent être licenciés à raison de leur inaptitude, quelle que soit l'origine professionnelle ou non de l'inaptitude, que pour autant que l'employeur justifie, soit, qu'il a été dans l'impossibilité de leur proposer un emploi approprié à leurs capacités compte tenu des indications formulées par le médecin du travail, soit, du refus par le salarié du ou des emplois proposés (articles L. 1226-2, L. 1226-10 et L. 1226-13 du code du travail).

333. Soc., 11 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 302, pourvoi n° 04-47.168.

334. Soc., 16 mai 2000, *Bull.* 2000, V, n° 188, pourvoi n° 97-40.660.

La jurisprudence interprète très rigoureusement cette obligation de reclassement du salarié déclaré inapte avant licenciement en lui donnant une étendue très large. Ainsi décide-t-elle :

- que l’avis du médecin du travail déclarant un salarié inapte à tout travail s’entend nécessairement d’une inaptitude à tout emploi dans l’entreprise ;
- qu’un tel avis ne dispense pas l’employeur d’établir qu’il s’est trouvé dans l’impossibilité de reclasser le salarié au sein de l’entreprise et le cas échéant au sein du groupe auquel elle appartient, au besoin par des mesures telles que mutation, transformation de poste de travail ou aménagement du temps de travail ;
- que le classement d’un salarié en invalidité deuxième catégorie par la sécurité sociale, qui obéit à une finalité distincte et relève d’un régime juridique différent, est sans incidence sur l’obligation de reclassement du salarié inapte qui incombe à l’employeur par application des dispositions du code du travail ;
- de sorte qu’ayant retenu que l’avis du médecin du travail ne dispensait pas l’employeur, qui seul connaît les possibilités d’aménagements des postes de son entreprise, de rechercher un reclassement pour le salarié la cour d’appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de dire le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse pour défaut d’exécution par l’employeur de son obligation de reclassement³³⁵.

D’une manière générale, il résulte de la jurisprudence que, dans l’exécution de son obligation de reclassement du salarié, l’employeur doit tout mettre en œuvre pour préserver sinon l’emploi du salarié auquel il est devenu inapte, du moins un emploi pour le salarié.

Une récente loi a du reste encore élargi l’étendue de l’obligation de reclassement de l’employeur en prévoyant que, désormais, dans les entreprises de 50 salariés et plus, le médecin du travail dans les indications qu’il formule relativement au reclassement du salarié inapte se prononce également sur l’aptitude du salarié à bénéficier d’une formation destinée à lui proposer un poste adapté³³⁶. Sous réserve de l’interprétation du texte qui sera donnée par la jurisprudence, l’obligation de reclassement pourrait donc inclure à l’avenir une formation de base du salarié afin de faciliter sa reconversion professionnelle au sein de l’entreprise et d’éviter ainsi son licenciement.

335. Soc., 9 juillet 2008, *Bull.* 2008, V, n° 151, pourvoi n° 07-41.318. Dans le même sens, Soc., 16 septembre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 185, pourvoi n° 08-42.212.

336. Loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l’orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, modifiant en le complétant l’article L. 1226-10 du code du travail.

Contrats de travail et précarité

Le régime juridique, ou plutôt les régimes juridiques du contrat de travail, s'ordonnent autour de la recherche d'une conciliation entre la protection du salarié, attaché à une stabilité de l'emploi, et les prérogatives de l'employeur, dont l'un des objectifs est de s'efforcer d'adapter l'emploi à la conjoncture économique dont il est tributaire et de mettre en œuvre une certaine flexibilité.

On constate que, si ces régimes juridiques intègrent à des degrés divers des facteurs de précarité (1.), ils comportent aussi des éléments qui tendent à les atténuer, et même à les neutraliser (2.).

1. LES RÉGIMES JURIDIQUES DU CONTRAT DE TRAVAIL INTÈGRENT À DES DEGRÉS DIVERS DES FACTEURS DE PRÉCARITÉ

La précarité paraît inhérente aux contrats de travail dont la durée est déterminée *a priori*. Le contrat à durée déterminée, et les contrats dont le régime en dérive plus ou moins directement, peuvent apparaître comme des contrats « précaires » par essence (1.1.).

Mais des facteurs de précarité sont aussi présents dans le régime du contrat à durée indéterminée (1.2.).

1.1. Les contrats de travail dont la durée est déterminée *a priori* : des contrats précaires par essence ?

La précarité essentielle des contrats dont la durée est déterminée à l'avance tient à ce que la relation de travail salarié cesse de plein droit lorsque est atteint le terme prévu sans qu'aucune des parties, et singulièrement le salarié, puisse y objecter.

1.1.1. Le contrat à durée déterminée

Le contrat à durée déterminée proprement dit a connu une évolution suivant laquelle, d'abord regardé comme une formule « marquée du signe de la stabilité dans la mesure où les relations contractuelles doivent se poursuivre jusqu'au terme prévu » (G. Poulain, *Les Contrats de travail à durée déterminée*, Litec, 2^e éd. 1994, p. 3), il va « être de plus en plus utilisé comme moyen de limiter la durée de la relation contractuelle », devenant « pour l'employeur un moyen de défense contre les garanties du contrat à durée indéterminée » (*ibid.*).

La possibilité de gestion souple de l'emploi que pouvait paraître offrir le contrat à durée déterminée ne pouvant dégénérer en aubaine pour l'employeur, le législateur a encadré de façon stricte le recours à cette formule, ainsi qu'on le verra.

Mais le régime juridique du contrat à durée déterminée a fait l'objet d'une assez large utilisation dans le domaine des « contrats aidés », la relative souplesse qu'il offre apparaissant comme particulièrement adaptée à des formules favorisant l'accès à l'emploi de publics en situation difficile à cet égard, moyennant des aides publiques aux employeurs.

1.1.2. Les « contrats aidés »

La mobilisation d'importantes aides publiques versées aux employeurs recrutant des personnes appartenant aux catégories visées par chaque type de « contrat aidé » supposait qu'il n'y ait pas pérennisation des relations de travail ainsi organisées, celles-ci étant conçues comme transitoires. Cela explique le large recours au régime du contrat à durée déterminée. Ce recours n'est pas exclusif, puisque les dispositions législatives régissant, par exemple, les contrats emploi-jeune, les contrats initiative emploi ou les contrats insertion-revenu minimum d'activité, ont prévu qu'ils sont soit des contrats de travail à durée indéterminée, soit des contrats de travail à durée déterminée. Mais la chambre sociale a précisé, pour différents types de contrats aidés, qu'il est possible de recourir au contrat à durée déterminée afin de pourvoir un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ou de l'organisme employeur (Soc., 16 mars 1999, *Bull.* 1999, V, n° 113, pourvois n° 97-40.271 et 97-44.137 pour les contrats emploi-solidarité ; Soc., 18 novembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 284, pourvoi n° 01-46.408, et Soc. 26 janvier 2005, *Bull.* 2005, V, n° 22, pourvois n° 02-46.639, 02-46.731 et 02-46.732, pour les contrats initiative-emploi).

Une telle dérogation au régime de droit commun du contrat à durée déterminée peut, dans une certaine mesure, être regardée comme une extension des relations de travail précaires à des emplois pour lesquels, en principe, il ne pouvait être recouru qu'au contrat à durée indéterminée. Mais cette caractéristique de plusieurs types de contrats « aidés » souligne l'ambivalence de ces derniers dans la mesure où les dispositifs de formation qu'ils comportent souvent visent à favoriser, à terme, la sortie de la précarité des salariés par l'accès à un emploi durable.

Autre manifestation de l'ambivalence des « contrats aidés », le régime du contrat emploi-jeune, auquel il ne peut plus être recouru depuis la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, et qui ne s'applique encore qu'aux contrats conclus antérieurement à celle-ci, prévoit, pour le contrat emploi-jeune à durée déterminée, que celui-ci prend fin lorsqu'il est parvenu à son terme, mais aussi qu'il peut, à l'expiration de chacune des périodes annuelles de son exécution, être rompu par l'employeur s'il justifie « d'une cause réelle et sérieuse » (article L. 5134-15 du code du travail). Cette dérogation au principe, fixé par l'article L. 122-3-8 du code du travail, selon lequel, « sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure », est un facteur supplémentaire de précarité dans un dispositif d'accès à l'emploi destiné, dans l'idéal, à ménager une transition vers l'emploi durable.

1.1.3. Le contrat de travail temporaire (travail intérimaire)

Le qualificatif de « précaire » semble s'appliquer particulièrement au contrat de travail temporaire. Le travail temporaire repose sur une relation triangulaire où le travailleur temporaire est lié à l'entreprise de travail temporaire par un contrat de travail dénommé contrat de mission et est mis à disposition d'une entreprise utilisatrice suivant un contrat de mise à disposition conclu entre cette dernière et l'entreprise de travail temporaire. Il n'y a pas de contrat de travail entre le salarié et l'entreprise utilisatrice.

Le travail temporaire est précaire par essence, et la précarité de la situation du travailleur temporaire résulte évidemment de ce que sa relation de travail avec l'entreprise de travail temporaire cesse à l'issue de chaque contrat de mission et ne reprendra, éventuellement, qu'avec un nouveau contrat de mission.

Les travailleurs temporaires sont particulièrement vulnérables. Récemment encore, un communiqué de l'Organisation internationale du travail (19 octobre 2009, ILO/09/50) indiquait que les travailleurs employés par les agences de travail temporaire ont été parmi les premiers à perdre leur emploi du fait de la crise financière et économique, et soulignait « une corrélation directe entre la croissance économique et l'état du secteur des agences d'emploi : forte expansion du secteur et performance des agences pendant les périodes de boom économique et, *a contrario*, contraction du secteur et faiblesse des agences actuellement ».

C'est pourquoi l'activité de travail temporaire a fait l'objet d'un encadrement afin d'assurer une protection aux salariés suivant des modalités qui ont souvent emprunté, on le verra, aux solutions prévues dans le cadre du contrat à durée déterminée.

1.2. Des facteurs de précarité sont présents dans le contrat de travail à durée indéterminée

On pourrait penser que la somme des garanties qui caractérisent aujourd'hui encore le régime du contrat de travail à durée indéterminée, notamment pour ce qui concerne l'encadrement du pouvoir de l'employeur de licencier, ôte de l'intérêt à la recherche d'éléments de précarité dans ce type de contrat. On est pourtant conduit à constater qu'ils ne sont pas totalement exclus de la relation de travail sous contrat à durée indéterminée (J.-Y. Frouin, « Les éléments de précarité dans le contrat à durée indéterminée », *Droit ouvrier*, mars 1997, p. 125 et s.). On en retiendra les illustrations paraissant les plus significatives.

1.2.1. La période d'essai

La période d'essai, qui se situe au commencement de l'exécution d'un contrat de travail, introduit incontestablement dans celui-ci un élément de précarité puisque, durant cette période, les règles légales régissant la rupture du contrat de travail ne sont pas applicables (article L. 122-4 du code du travail devenu l'article L. 1231-1 après recodification). Il en résulte que le contrat peut être rompu sans condition ni formalité par l'employeur comme par le salarié.

Une période d'essai placée au début d'un contrat à durée indéterminée y introduit un temps de précarité qui contraste avec l'encadrement du pouvoir de licencier de l'employeur propre à ce contrat.

Si l'on considère que la précarité, « c'est aussi la modestie des ressources issues du travail » (J.-Y. Frouin, *op. cit.*, p. 125), le contrat de travail à temps partiel est facteur de précarité, et dans le contrat à durée indéterminée, « la stabilité de la relation de travail ne compense pas toujours l'insuffisance des ressources qui résulte de la réduction imposée du temps de travail par rapport à la durée légale... le temps partiel caractérise de plus en plus aujourd'hui une sous-activité subie » (*op. cit.* p. 125-126).

1.2.2. Le changement imposé du lieu de travail (hors clause de mobilité)

Un changement de son lieu de travail peut aussi être ressenti, par le salarié, par les contraintes nouvelles qu'il fait peser sur lui, comme un élément de précarité. Pour le contrat à durée déterminée comme pour le contrat à durée indéterminée, la clause fixant le lieu de travail dans un endroit déterminé doit stipuler de manière claire et précise que le salarié exécutera exclusivement son travail dans ce lieu. À défaut d'une telle clause, la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a seulement valeur d'information (Soc., 3 juin 2003, *Bull.* 2003, V, n° 185, pourvois n° 01-40.376 et 01-43.573), et la mutation du salarié à l'intérieur du même secteur géographique n'empêche pas de modification du contrat de travail (Soc., 16 décembre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 558, pourvoi n° 96-40.227). L'examen de la jurisprudence conduit à constater qu'elle admet assez largement qu'il y a mutation dans un même secteur géographique (Soc., 25 mars 1998, pourvoi n° 96-41.519; Soc., 4 avril 2006, *Bull.* 2006, V, n° 133, pourvoi n° 04-43.506).

1.2.3. Le contrat de chantier

Le contrat de chantier (article L. 321-12 du code du travail devenu l'article L. 1236-8 après recodification) à durée indéterminée dans lequel la fin du chantier pour lequel il est conclu constitue une cause légitime de licenciement (Soc., 12 février 2002, *Bull.* 2002, V, n° 64, pourvoi n° 99-41.239), présente à cet égard un facteur de précarité qui le rapproche dans une certaine mesure du contrat à durée déterminée.

2. LES RÉGIMES JURIDIQUES DU CONTRAT DE TRAVAIL COMPORTEMENT DES ÉLÉMENTS QUI ATTÉNUENT OU NEUTRALISENT LES FACTEURS DE PRÉCARITÉ

Le contrat à durée indéterminée est le contrat de travail de droit commun, ainsi qu'il résulte de la rédaction donnée à la première phrase de l'article L. 121-5 du code du travail, par l'ordonnance n° 82-130 du 5 février 1982 : « Le contrat de travail est conclu sans détermination de durée. » Cette formulation a été récemment modifiée et le premier alinéa

de l'article L. 1221-2 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, énonce, plus explicitement encore : « Le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail. » Cette dernière formulation reprend presque à l'identique celle du 6^e considérant de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée conclu le 18 mars 1999 entre les organisations professionnelles CES, UNICE, CEEP, et mis en œuvre par la Directive 1999/70/CEE du Conseil, du 28 juin 1999.

Les différents contrats de travail de caractère temporaire précédemment évoqués, que l'on peut, dans la logique des présents développements, qualifier de « contrats précaires », correspondent donc à des formes exceptionnelles et particulières de la relation de travail.

Cette situation se concrétise, en particulier, par le cadre juridique strict qui est celui du recours au contrat à durée déterminée ainsi qu'au contrat de travail temporaire *stricto sensu* (travail intérimaire), recours qui suppose le respect de conditions de fond et de forme précisément énoncées par le législateur et dont la jurisprudence impose un respect rigoureux.

Ainsi limité et surveillé, l'accès à la relation de travail précaire, une fois réalisé, ne place pas pour autant le salarié dans un état de totale précarité (2.1.).

Les « îlots » de précarité que présente la relation de travail, en principe plus stable, dans le contrat de travail à durée indéterminée, voient également leurs effets atténués par les dispositions législatives et par la jurisprudence relative à leur application (2.2.).

2.1. Les tempéraments apportés à la précarité dans les contrats de travail de caractère temporaire

Le législateur est intervenu pour limiter la précarité. Il est apparu que le moyen le plus efficace consistait à limiter l'accès à l'emploi précaire, et qu'une fois les parties engagées dans un contrat de travail précaire, il convenait d'aménager la précarité afin d'en limiter les effets négatifs.

Considéré comme permettant une plus grande souplesse dans la gestion du personnel, le contrat à durée déterminée est également utilisé par le législateur pour atteindre plus facilement les objectifs qu'il se fixe dans le cadre de la politique de l'emploi. C'est ainsi qu'il autorise la conclusion de contrats à durée déterminée pour inciter les employeurs à utiliser les formules mises en place pour favoriser l'emploi de certaines catégories de travailleurs (article L. 1243-3 du code du travail) ou pour servir de relais entre le contrat d'apprentissage et le premier emploi. Le contrat à durée déterminée est alors envisagé comme un moyen de lutter contre la précarité de certains travailleurs.

2.1.1. Un accès encadré et surveillé à l'emploi précaire

Les premiers articles du code du travail, relatifs tant au contrat à durée déterminée qu'au contrat de travail temporaire, posent une interdiction : ces contrats ne peuvent avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente

de l'entreprise (L. 1242-1 et L. 1251-5 du code du travail). La formule négative retenue par le législateur marque de toute évidence le caractère dérogatoire de ce type de contrat.

L'idée est accentuée par les articles qui suivent immédiatement et posent expressément le principe de la limitation des cas de recours, dont le contrôle est rendu possible par le renforcement du formalisme.

2.1.1.1. Le contrat précaire ne doit pas pouvoir durablement à l'activité normale et permanente de l'entreprise

Les articles du code du travail précités interdisent d'ériger les contrats à durée déterminée et les contrats de travail temporaires *stricto sensu* en mode normal de gestion de la main-d'œuvre et, par ce biais, de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

De nombreux arrêts de la chambre sociale rappellent cette impossibilité pour l'employeur de recourir à des contrats à durée déterminée de remplacement pour faire face à « un besoin structurel de main-d'œuvre ». Ainsi, dans une affaire où une société avait conclu avec le même salarié cent quatre contrats à durée déterminée successifs ayant pour objet de remplacer dans leurs fonctions de receveurs de péages des salariés absents, l'arrêt rendu indiquait-il que « la possibilité donnée à l'employeur de conclure avec le même salarié des contrats à durée déterminée successifs pour remplacer un ou des salariés absents ou dont le contrat de travail est suspendu ne peut avoir pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ; qu'il en résulte que l'employeur ne peut recourir de façon systématique aux contrats à durée déterminée de remplacement pour faire face à un besoin structurel de main-d'œuvre » (Soc., 26 janvier 2005, *Bull.* 2005, V, n° 21, pourvoi n° 02-45.342).

Autre illustration, en présence d'un salarié engagé par divers contrats à durée déterminée successifs et discontinus sur une période de plus de trente mois, pour le compte du même armateur, le salarié, et qui avait occupé les mêmes fonctions d'officier radio à chaque embarquement, qu'il s'agisse des remplacements ou des emplois saisonniers, il appartenait à la cour d'appel de rechercher si l'intéressé n'avait pas en réalité occupé un emploi permanent (Soc., 13 novembre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 212, pourvoi n° 06-40.060).

La chambre sociale applique le même raisonnement au contrat de travail temporaire. Après avoir énoncé « qu'aux termes de l'article L. 124-2, alinéa 1, devenu L. 1251-5 du code du travail, le contrat de travail temporaire ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise utilisatrice », un arrêt a ainsi approuvé une cour d'appel qui a requalifié en contrat à durée indéterminée les missions d'intérim après avoir constaté que, d'une part, il se déduisait de l'importance de l'effectif de la société utilisatrice qu'elle devait régulièrement pallier un nombre minimal et prévisible d'absences de salariés, d'autre part, que dans ses différents postes, le salarié intérimaire avait occupé le même emploi d'ouvrier spécialisé « montage », de dernière part enfin, qu'il résultait du tableau d'évolution du chiffre d'affaires de la société entre 1999 et 2002 qu'elle connaissait au temps des contrats en cause non pas des accroissements

temporaires de son activité, mais une augmentation constante et structurelle de sa production (Soc., 9 juillet 2008, pourvoi n° 06-46.164).

De même, dans une affaire où un salarié avait été engagé dans le cadre de 379 missions qui s'étaient succédé sur une période de plus de six ans, ayant pour objet de faire face non pas à un accroissement temporaire d'activité, mais à l'exécution régulière de chantiers liés à l'activité habituelle de la société utilisatrice et alors que ladite société avait recours massivement aux contrats d'intérim comme mode d'organisation générale en employant en moyenne 113 salariés intérimaires pour seulement 5 contrats à durée indéterminée, la chambre sociale a approuvé la requalification des missions d'intérim en contrat à durée indéterminée (Soc., 11 mars 2009, pourvoi n° 07-42.621).

2.1.1.2. La limitation des cas de recours

Le contrat à durée déterminée ne peut être conclu que pour l'exécution d'une tâche « précise et temporaire » et seulement dans les cas énumérés à l'article L. 1242-2 du code du travail, à savoir : assurer le remplacement d'un salarié absent ou dont le contrat de travail est suspendu, faire face à l'accroissement temporaire d'activité, pourvoir les emplois à caractère saisonnier ou pour lesquels, dans certains secteurs, il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée, permettre le remplacement d'un chef d'entreprise artisanale, industrielle ou commerciale.

De même une entreprise utilisatrice ne peut faire appel à des salariés intérimaires que pour l'exécution d'une tâche précise et temporaire dénommée « mission », et seulement dans les cas énumérés à l'article L. 1251-6 du code du travail, qui sont les mêmes que ceux énumérés à l'article L. 1242-2 précité.

– S'agissant des *contrats de remplacement* (pour pallier l'absence d'un salarié d'un chef d'entreprise, de son conjoint, d'un associé non salarié ou d'un chef d'exploitation agricole), si la chambre sociale reconnaît la validité du remplacement « en cascade » en affirmant que la possibilité donnée à l'employeur de conclure par contrat à durée déterminée ne comporte pas pour lui l'obligation d'affecter le salarié recruté en remplacement au poste même occupé par la personne absente (Soc., 22 novembre 1995, *Bull.* 1995, V, n° 308, pourvoi n° 91-44.480 ; Soc., 15 octobre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 306, pourvoi n° 00-40.623 ; Soc., 30 avril 2003, *Bull.* 2003, V, n° 149, pourvoi n° 01-40.937), elle opère un contrôle afin que ces « glissements internes n'aient pas pour effet de faire occuper durablement par l'intéressé un emploi permanent de l'entreprise » (Soc., 24 février 1998, *Bull.* 1998, V, n° 98, pourvoi n° 95-41.420).

La chambre sociale, par deux arrêts du 28 juin 2006, a précisé qu'en application de l'article L. 122-1-1 1° du code du travail le contrat à durée déterminée ne peut être conclu que pour le remplacement d'un seul salarié absent, ce qui doit entraîner la requalification de contrats dont chacun comportait les noms de plusieurs salariés remplacés en raison de leur absence (Soc., 28 juin 2006, *Bull.* 2006, V, n° 228, pourvois n° 04-40.455 et 04-43.053).

En ce qui concerne le recours au travail intérimaire pour pallier l'absence de salarié, la chambre sociale a récemment affirmé que l'autorisation de recourir au travail intérimaire en cas d'absence temporaire d'un salarié s'entend de son absence aussi bien de l'entreprise que

de son poste habituel de travail. Ainsi, par un arrêt du 25 février 2009, a-t-elle approuvé la cour d'appel qui, après avoir constaté que le salarié intérimaire avait été engagé pour remplacer un salarié détaché de son poste habituel pour être affecté sur un autre projet en tant que formateur, a débouté le salarié de sa demande de requalification de ses contrats en un contrat à durée indéterminée (Soc., 25 février 2009, *Bull.* 2009, V, n° 53, pourvoi n° 07-43.513).

– Concernant l'*accroissement temporaire d'activité*, la chambre sociale rappelle que le recours à des salariés intérimaires (mais la solution vaut aussi pour le recours au contrat à durée déterminée) « n'est autorisé que pour les besoins d'une ou plusieurs tâches résultant du seul accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, notamment en cas de variations cycliques de production, sans qu'il soit nécessaire que cet accroissement présente un caractère exceptionnel, ni que le salarié soit affecté à la réalisation même de ces tâches » (Soc., 21 janvier 2004, *Bull.* 2004, V, n° 27, pourvois n° 03-42.754, 03-42.756, 03-42.760, 03-42.763 à 765, 03-42.769, 03-42.770, 03-42.774 à 777, 03-42.779 à 784).

Cette solution a été constamment réaffirmée. Ainsi, la production d'un nouveau modèle de véhicule par une usine à la suite d'une restructuration par le groupe Peugeot Citroën automobiles de ses unités de production ne constitue pas une variation cyclique de production justifiant le recours au travail temporaire, mais s'inscrit dans un accroissement durable et constant de l'activité de l'entreprise (Soc., 13 avril 2005, pourvoi n° 02-45.409).

Avec un arrêt du 10 décembre 2008, la chambre sociale a opté pour une acception restrictive de la variation cyclique de production ou d'activité, qui doit, pour justifier le recours à un contrat précaire (contrat à durée déterminée ou temporaire), présenter un caractère aléatoire, une part d'imprévisibilité. Il s'agissait en l'espèce de salariés engagés à plusieurs reprises au cours des années 2001 à 2004 en qualité d'agents de surveillance dans le cadre de contrats à durée déterminée par l'établissement public industriel et commercial Réunion des musées nationaux (RMN) pour être affectés aux Galeries nationales du Grand Palais durant les périodes où s'y tenaient des expositions temporaires. L'employeur invoquait pour s'opposer à la requalification des contrats l'accroissement temporaire de son activité lié à une « variation cyclique de la production », lors des expositions présentées par le Grand Palais qui ferme ses portes entre deux cycles d'expositions. La chambre sociale a approuvé le raisonnement de la cour d'appel ayant requalifié les contrats litigieux en contrat à durée indéterminée après avoir constaté que les expositions temporaires présentées par la RMN dans les Galeries nationales du Grand Palais survenaient régulièrement, à la même fréquence chaque année, sur les mêmes périodes annuelles, sur un même site et suivant un mode d'organisation identique et que, si chacune de ces expositions était temporaire, celles-ci constituaient pour la RMN une activité permanente, et non occasionnelle, même si elle était intermittente, entrant dans les missions qui lui sont confiées et qu'il n'était produit aucune pièce permettant d'apprécier si les salariés concernés avaient été recrutés à l'occasion d'un surcroît d'activité (Soc., 10 décembre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 244, pourvois n° 06-46.349 à 06-46.360).

– S'agissant du *contrat saisonnier*, la chambre sociale a rappelé, dans un arrêt du 17 septembre 2008, qu'il se distingue du contrat à durée déterminée d'usage en ce qu'il porte sur des tâches normalement appelées à se répéter chaque année à des dates à peu près fixes, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vie collectifs. Dans cette affaire, le salarié

avait été engagé par une société de transport selon deux contrats de travail à durée déterminée, en qualité de « chauffeur saisonnier », pour assurer des transports depuis des carrières. La chambre sociale a approuvé l'arrêt qui, ayant constaté, d'une part, que l'employeur était une entreprise de transport routier dont l'activité s'exerçait toute l'année et, d'autre part, qu'il n'était pas établi que les carrières visées dans les contrats de travail auraient eu une activité saisonnière, la circonstance que les chantiers de travaux publics sont soumis aux conditions climatiques étant insuffisante pour démontrer que l'emploi de chauffeur de carrière serait une tâche saisonnière, a requalifié les contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée (Soc., 17 septembre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 163, pourvoi n° 07-42.463).

– Concernant le *contrat de travail à durée déterminée d'usage*, l'article L. 122-1-1 3° (devenu L. 1242-2) du code du travail permet d'y avoir recours pour les « 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 de ces emplois ». Jusqu'aux arrêts du 26 novembre 2003, la Cour de cassation invitait les juges, en présence d'un contrat d'usage, à vérifier *in concreto* la réalité du caractère temporaire de l'emploi, en application de l'article L. 122-1 du code du travail, lequel interdit de manière générale de recourir à un contrat à durée déterminée pour pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise.

Revenant sur sa jurisprudence antérieure en matière de contrat de travail à durée déterminée dit d'usage, la chambre sociale de la Cour de cassation juge en novembre 2003 que la conclusion de ces contrats est possible dès lors qu'il est effectivement d'usage constant, au niveau du secteur d'activité en cause, de ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée pour l'emploi concerné, sans qu'il soit besoin de rechercher si cet emploi est par nature temporaire (Soc., 26 novembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 298, pourvoi n° 01-44.263). Par ce revirement jurisprudentiel, la chambre sociale affirmait qu'il suffisait à la validité de ces contrats qu'un usage constant autorise l'employeur à ne pas recourir à un contrat à durée indéterminée, dès lors qu'on se trouve dans l'un des secteurs désignés par l'article D. 121-2 du code du travail ou par un accord ou une convention collective étendue. Ainsi était plus largement ouvert le recours à ces contrats à durée déterminée d'usage qui, conclus souvent de manière successive, étaient particulièrement source de précarité.

Toutefois, par deux arrêts de principe du 23 janvier 2008, la chambre sociale a redéfini l'office du juge en matière de contrats à durée déterminée d'usage, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative à l'interprétation de l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP du 18 mars 1999 sur le travail à durée déterminée mis en œuvre par la Directive 1999/70/CE, du 28 juin 1999, accord-cadre qui a pour objet, en ses clauses 1 et 5, de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs. S'agissant des contrats à durée déterminée conclus successivement avec le même salarié, la chambre sociale considère que l'accord-cadre impose de vérifier que le recours à l'utilisation de tels contrats est justifié par des raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi. Les juges du fond doivent vérifier, aux termes de ce revirement jurisprudentiel partiel, outre l'existence d'un usage constant, que 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. Dès lors encourt la cassation l'arrêt d'une cour d'appel qui a rejeté les demandes de requalification en contrat à durée indéterminée formées par un journaliste pigiste engagé par une succession de contrats à durée déterminée pour des émissions télévisées sans rechercher si l'emploi de journaliste pigiste occupé par le salarié 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 (Soc., 23 janvier 2008, *Bull.* 2008, V, n° 16, pourvoi n° 06-44.197).

Ce retour, pour les contrats à durée déterminée successifs, à la nécessité que l'emploi soit par nature temporaire, marque une volonté d'empêcher un recours trop aisé à cette forme d'emploi précaire.

2.1.1.3. Formalisme des contrats précaires

La loi elle-même disposant expressément, en prévoyant une indemnité de fin de contrat, qu'il faut compenser la précarité de la situation du salarié (article L. 1243-8 du code du travail), il n'est pas surprenant que la prise en compte du caractère intrinsèquement précaire de la relation à durée déterminée inspire fortement la jurisprudence. Si la chambre sociale applique les textes avec une rigueur incontestable, elle a également fait œuvre créatrice, privilégiant le plus souvent les intérêts du salarié sous contrat à durée déterminée ou sous contrat de travail temporaire, qu'il s'agisse de la requalification du contrat ou des conditions de sa rupture.

Dans le souci de protéger le salarié, la Cour de cassation a donné toute son ampleur à la sanction de la requalification prévue par les textes.

Estimant que les dispositions légales régissant le contrat à durée déterminée « ont été édictées dans un souci de protection du salarié », la chambre sociale décide depuis 1987 (Soc., 16 juillet 1987, *Bull.* 1987, V, n° 481, pourvoi n° 85-45.258) que le salarié seul peut s'en prévaloir. En principe, l'employeur ne peut s'opposer au choix du salarié d'opter, ou non, pour la requalification de son contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. L'AGS n'est pas recevable, sauf fraude, à demander la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée (Soc., 7 avril 2004, *Bull.* 2004, V, n° 106, pourvoi n° 02-40.231). De la même façon, le juge ne peut, sauf dans le cadre de son devoir de qualification (article 12 du code de procédure civile), imposer au salarié la requalification de son contrat en relation à durée indéterminée (Soc., 19 mai 1998, *Bull.* 1998, V, n° 267, pourvoi n° 95-45.575; Soc., 30 octobre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 332, pourvoi n° 00-45.572).

Sur le même fondement, jugeant essentiel et prioritaire le formalisme institué par la loi, la Cour de cassation a étendu la sanction de la requalification par réputation (article L. 1242-12 du code du travail) à des hypothèses non visées expressément par le texte. Désormais, l'omission de la plupart des mentions obligatoires exigées (article L. 1242-12 du code du travail) peut conduire à la requalification du contrat.

Il résulte de la combinaison des articles L. 122-3-13, premier alinéa, devenu L. 1245-1, et L. 122-3-1, premier alinéa, devenu L. 1242-1 du code du travail, qu'est réputé à durée indéterminée le contrat de travail à durée déterminée qui ne comporte pas la définition précise de son motif, et que cette exigence de précision quant à la définition du motif implique nécessairement que le nom et la qualification du salarié remplacé figurent dans le contrat lorsqu'il s'agit de l'un des cas visés par l'article L. 122-1-1 1° du même code, à savoir le contrat dit de remplacement (Soc., 30 avril 2003, *Bull.* 2003, V, n° 149, pourvoi n° 01-40.937; Soc., 13 avril 2005, pourvoi n° 02-47.673; Soc., 15 octobre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 306, pourvoi n° 00-40.623; Soc., 28 novembre 2006, pourvoi n° 05-42.136). La preuve du motif énoncé dans le contrat incombe à l'employeur (Soc., 24 novembre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 511, pourvoi n° 96-41.742 et 743; Soc., 28 septembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 271, pourvoi n° 04-44.823).

La chambre sociale, par un arrêt du 29 novembre 2007, assimile la transmission tardive d'un contrat à durée déterminée pour signature à une absence d'écrit entraînant la requalification de la relation contractuelle en contrat à durée indéterminée. Le contrat à durée déterminée doit être transmis au salarié au plus tard dans les deux jours suivant l'embauche (Soc., 29 novembre 2007, pourvoi n° 06-43.305 : cf., dans le même sens, Soc., 4 février 2009, pourvoi n° 07-42.125).

De même, alors que la possibilité pour le travailleur temporaire de faire valoir les droits afférents à un contrat à durée indéterminée auprès de l'entreprise de travail temporaire n'est pas prévue par la loi, celle-ci n'envisageant cette possibilité qu'auprès de l'entreprise utilisatrice, la chambre sociale a cependant admis que le salarié puisse exercer une action en dehors des cas strictement prévus par la loi, et elle a reconnu notamment à celui-ci le droit d'exercer une action en requalification à l'encontre de l'entreprise de travail temporaire lorsque est constaté un manquement par cette entreprise aux obligations prévues par l'article L. 124-4 du code du travail (transmission du contrat dans les deux jours ouvrables de la mise à disposition et mentions qui doivent figurer obligatoirement dans ce contrat de mission : Soc., 13 avril 2005, *Bull.* 2005, V, n° 139, pourvoi n° 03-41.967).

La signature d'un contrat écrit, imposée par la loi dans les rapports entre l'entreprise de travail temporaire et le salarié, est destinée à garantir qu'ont été observées les diverses conditions à défaut desquelles toute opération de prêt de main-d'œuvre est interdite. Cette prescription étant d'ordre public, son omission entraîne à la demande du salarié la requalification en contrat de droit commun à durée indéterminée (Soc., 17 septembre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 165, pourvoi n° 07-40.704).

L'absence de contrat de mission écrit cause par elle-même au travailleur temporaire un préjudice justifiant la condamnation de l'entreprise de travail temporaire à lui verser des dommages-intérêts (Soc., 13 décembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 385, pourvoi n° 05-44.956).

Encourt la cassation l'arrêt qui, bien qu'ayant constaté qu'en violation des dispositions combinées des articles L. 124-3 et L. 124-4 du code du travail l'entreprise de travail temporaire n'avait pas mentionné la qualification des salariés remplacés dans les contrats de missions et n'avait pas adressé ces contrats au salarié dans les deux jours ouvrables suivant sa mise à disposition, retient qu'en application de l'article L. 124-7, alinéa 2, du même code

la demande de requalification ne peut pas être dirigée contre l'entreprise de travail temporaire (Soc., 20 mai 2009, *Bull.* 2009, V, n° 134, pourvoi n° 07-44.755).

Ces différentes jurisprudences dégagent la logique de la requalification : le contrat à durée indéterminée étant la règle, toute méconnaissance des conditions posées pour le recours au contrat à durée déterminée ou au contrat de travail temporaire *stricto sensu* doit se traduire, à la demande du salarié, par la sanction de la requalification qui replace la relation de travail dans le cadre de droit commun.

2.1.2. Aménager la précarité afin d'en limiter les effets

Une fois établie la validité du recours au contrat à durée déterminée, la liberté des parties n'est pas totale. La nature déterminée de la durée du contrat doit produire deux sortes d'effets.

Le terme constitue le point d'arrivée de la relation de travail à durée déterminée, celle-ci ne pouvant se poursuivre au-delà du terme : il marque ainsi l'interdiction faite aux parties de prolonger la durée du contrat (article L. 1243-11 du code du travail).

Par ailleurs, le rapport de travail doit cependant se poursuivre jusqu'au terme : il fixe la date avant laquelle la relation ne peut cesser (article L. 1243-1 du code du travail).

2.1.2.1. Limitation de la durée

La loi pose un certain nombre de limites, dont l'effet est d'encadrer la volonté des parties, en instituant notamment une durée maximale, de manière à ne pas entretenir le salarié dans une situation précaire.

Le premier effet, et le plus significatif, réside dans l'article L. 1243-11 du code du travail : « Si la relation contractuelle se poursuit après l'échéance du terme du contrat, celui-ci devient un contrat à durée indéterminée. » Le terme n'est alors plus simplement une limite, que la volonté des parties pourrait écarter en décidant de la poursuite du contrat, même momentanée. La cessation du contrat au terme s'impose. Si la relation de travail se poursuit au-delà, elle se trouve, par une requalification automatique, replacée dans le cadre contractuel de droit commun.

De même, l'article L. 1251-39 du code du travail prévoit également la requalification du contrat de travail lorsque l'utilisateur continue à faire travailler un salarié intérimaire après la fin de sa mission sans avoir conclu avec lui de contrat de travail ou sans nouveau contrat de mise à disposition. Le salarié est alors réputé lié à l'utilisateur par un contrat de travail à durée indéterminée.

Le contrôle du juge s'exerce lorsqu'il lui appartient de vérifier la cessation effective du lien contractuel à l'arrivée du terme, conformément à l'article L. 1243-11 du code du travail. La requalification s'impose dès lors que le contrat se poursuit au-delà du terme, ne serait-ce que de quelques heures.

La loi offre, de manière exceptionnelle, la possibilité de se soustraire à cette obligation de mettre fin au contrat.

2.1.2.1.1. Renouvellement encadré

Les parties peuvent en effet convenir d'un renouvellement du contrat. Mais, là encore, le législateur a circonscrit la faculté offerte de renouveler le contrat : d'une part, en limitant la durée dans laquelle doit s'inscrire le renouvellement, celle-ci, ajoutée à la durée initiale du contrat, ne pouvant excéder la durée maximale de dix-huit mois ; d'autre part, en limitant le nombre, le contrat à durée déterminée ne pouvant être désormais renouvelé qu'une fois (article L. 1243-13 du code du travail).

Le renouvellement est une modalité exclusive du contrat affecté d'un terme précis, qui se justifie par le fait que l'objet du contrat n'a pu être totalement réalisé dans le laps de temps initialement fixé par l'employeur.

Sont ainsi concernés les contrats de date à date conclus pour un accroissement temporaire d'activité, l'exécution d'une tâche occasionnelle, la réalisation de travaux dangereux nécessités par des mesures de sécurité, la survenance d'une commande exceptionnelle à l'exportation, le départ définitif d'un salarié précédant la suppression de son poste de travail, l'attente pour son départ au service national d'un apprenti, ou les contrats conclus dans le cadre des mesures pour l'emploi et la formation professionnelle. Par ailleurs, sera ouverte la possibilité de renouvellement pour les contrats conclus en vue d'un remplacement ou dans l'attente de l'entrée en service d'un salarié recruté en contrat à durée indéterminée, ainsi que pour les contrats saisonniers ou les contrats d'usage, dès lors que ces contrats sont conclus de date à date.

La Cour de cassation a considéré toutefois que la durée maximale de dix-huit mois prévue par l'article L. 1242-8 du code du travail est inapplicable dès l'instant qu'il s'agit d'un contrat saisonnier ou un contrat d'usage conclu au titre du 3° de l'article L. 1242-2 de ce code, peu important que le terme soit précis ou imprécis (Soc., 28 octobre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 336, pourvoi n° 95-43.101). Les contrats ainsi visés peuvent donc être renouvelés plusieurs fois, pour une période supérieure à dix-huit mois. Ils peuvent également être conclus dès l'origine pour une durée plus longue que la limite de dix-huit mois.

Les conditions de renouvellement sont stipulées dans le contrat ou font l'objet d'un avenant soumis au salarié avant le terme initialement prévu (L. 1243-13 du code du travail). Il résulte de ce texte que les conditions dans lesquelles la relation de travail est renouvelée peuvent être fixées dès l'origine, ou au moment où le contrat arrive à son terme.

Le contrat à durée déterminée initial, faute de comporter une clause de renouvellement, ne peut être renouvelé que par soumission d'un avenant de renouvellement avant le terme initialement prévu. En l'absence de signature d'un avenant avant le terme initialement convenu, le contrat de travail doit être requalifié en un contrat à durée indéterminée (Soc., 22 octobre 2008, pourvoi n° 07-41.137 ; Soc., 3 juin 2009, pourvoi n° 08-40.449).

2.1.2.1.2. Successions de contrats prohibées

L'interdiction de poursuivre les relations contractuelles au-delà du terme a également pour conséquence d'empêcher la conclusion immédiate d'un nouveau contrat : ce n'est que

dans certaines hypothèses, justifiées par des nécessités de flexibilité, que la succession immédiate de contrats avec le même salarié est autorisée.

On relèvera que, dans le même temps, le législateur entend limiter la succession immédiate de contrats avec des salariés différents sur un même poste, l'objectif étant de ne pas institutionnaliser le recours au contrat temporaire.

Un arrêt récent du 3 juin 2009 rappelle qu'en application de l'article L. 1244-1 du code du travail l'employeur ne peut conclure avec le même salarié des contrats à durée déterminée successifs, sans délai de carence, que dans quatre hypothèses : pour remplacer des salariés absents, pour des emplois saisonniers ou pour des emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir aux contrats à durée indéterminée, pour remplacer l'une des personnes mentionnées aux 4^o et 5^o de l'article L. 1242-2 du code du travail. Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui déboute une salariée de sa demande de requalification alors que les parties ont conclu successivement des contrats à durée déterminée pour assurer le remplacement de salariés absents puis des contrats pour un surcroît d'activité lesquels ne rentrent pas dans le champ d'application de l'article susvisé (Soc., 3 juin 2009, pourvoi n^o 08-40.517).

2.1.2.2. Garantie de la durée

2.1.2.2.1. Le contrat ne peut être rompu avant l'échéance du terme

Afin de ne pas accentuer la précarité du statut du salarié engagé en contrat à durée déterminée, la loi a entériné le principe, tiré du droit commun des contrats, selon lequel le contrat ne peut être rompu avant le terme.

En effet, l'article L. 1243-1 du code du travail énonce que, sauf accord des parties et sous réserve d'une faute grave ou d'un cas de force majeure, « le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme ».

La légitimité d'une telle interdiction réside dans la volonté du législateur d'imposer un minimum de stabilité dans une relation par essence précaire.

Un contrôle rigoureux transparaît lorsque le juge doit apprécier le motif justifiant la rupture anticipée du contrat : la chambre sociale interdit la rupture du contrat motivée par l'insuffisance professionnelle du salarié, celle-ci ne pouvant être qualifiée de faute grave, seul véritable motif de rupture inhérent au salarié (Soc., 10 juin 1992, *Bull.* 1992, V, n^o 375, pourvoi n^o 88-44.025).

Afin de faire bénéficier le salarié des garanties imposées par le législateur en matière disciplinaire (article L. 1332-1 du code du travail), et considérant que la rupture anticipée pour faute grave constituait une sanction, la chambre sociale de la Cour de cassation impose à l'employeur le respect de la procédure disciplinaire dès lors qu'il envisage la rupture du contrat pour faute grave (Soc., 20 novembre 1991, *Bull.* 1991, V, n^o 509, pourvoi n^o 88-41.265; Soc., 11 avril 1996, *Bull.* 1996, V, n^o 151, pourvoi n^o 93-42.632).

La chambre sociale a également affirmé le caractère d'ordre public des dispositions de l'article L. 1243-1 du code du travail, auxquelles ni la convention collective de branche, ni

le contrat de travail ne peuvent déroger (Soc., 1^{er} juillet 2009, *Bull.* 2009, V, n° 165, pourvoi n° 08-40.023 ; dans le même sens, Soc., 16 décembre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 552, pourvoi n° 96-40.177, 96-41.312 et 95-45.341).

2.1.2.2.2. Les contrats à terme incertain doivent être conclus pour une durée minimale

Le même souci du législateur d'imposer un minimum de stabilité dans une relation par essence précaire l'a également conduit à exiger que les contrats à terme incertain soient conclus pour une durée minimale (article L. 1242-7 du code du travail).

Aux termes d'une jurisprudence constante, la chambre sociale précise que le contrat de travail conclu pour la durée du remplacement d'un salarié absent, dès lors qu'il ne comporte ni terme précis ni durée minimale, est réputé conclu pour une durée indéterminée en application des articles L. 122-1 et L. 122-3-14 du code du travail (Soc., 29 octobre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 356, pourvoi n° 92-44.837 ; Soc., 28 septembre 2005, pourvoi n° 03-44.757 ; Soc., 14 janvier 2009, pourvoi n° 06-46.055).

2.1.2.3. Réparation du préjudice

Dans le but d'assurer la protection du salarié victime d'une rupture anticipée injustifiée du contrat, la loi a institué un régime particulier d'indemnisation, lequel présume irréfablement le préjudice subi.

En effet, l'article L. 1243-4 du code du travail dispose que la rupture anticipée injustifiée imputable à l'employeur « ouvre droit pour le salarié à des dommages-intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat ».

Au-delà d'une simple réparation transparait à travers ce régime d'indemnisation la volonté implicite du législateur de dissuader l'employeur de rompre le contrat avant le terme.

Si l'indemnisation prend la forme d'une sanction pour l'employeur, au contraire, la rupture anticipée du contrat imputable au salarié ne peut donner lieu qu'à réparation, le préjudice subi par l'employeur devant être établi (article L. 1243-2 du code du travail). Cette différence de régime s'explique par le souci de libérer le salarié d'un engagement précaire dès lors que s'ouvre à lui la perspective d'un emploi stable.

2.1.3. Les limitations de la précarité spécifiques aux « contrats aidés »

Le recours au contrat à durée déterminée est, en dehors des dispositions générales applicables à ce type de contrat, autorisé par l'article L. 1242-3 du code du travail dans le cadre des mesures d'insertion professionnelle des personnes sans emploi et aux formules qui permettent l'acquisition d'un complément de formation professionnelle.

2.1.3.1. Favoriser l'embauche de personnes sans emploi

Les « contrats aidés » ont connu une grande variété de régimes au fil d'interventions législatives se succédant pour remplacer tel type de contrat par tel autre.

La loi n° 2008-1249 du 1^{er} décembre 2008, qui généralise le revenu de solidarité active (RSA), lequel a vocation à remplacer le revenu minimum d'insertion (RMI) et l'allocation de parent isolé (API), crée le contrat unique d'insertion qui se décomposera à compter du 1^{er} janvier 2010 en contrat initiative-emploi (CIE) pour le secteur marchand et en contrat d'accompagnement dans l'emploi (CAE) pour le secteur non marchand.

À ce jour, les contrats aidés à durée déterminée en vigueur sont :

- le contrat initiative-emploi ;
- le contrat d'accompagnement dans l'emploi (remplaçant le contrat emploi-solidarité, le contrat emploi consolidé et le contrat emploi-jeune) ;
- le contrat de professionnalisation (qui remplace les contrats de qualification et le contrat d'orientation) ;
- le contrat unique d'insertion (à compter du 1^{er} janvier 2010) remplacera le contrat d'avenir et le contrat d'insertion-RMA ;
- le contrat adultes-relais ;
- le contrat d'accès à l'emploi (outre-mer).

L'interdiction de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise trouve-t-elle à s'appliquer aux contrats aidés ?

Saisie de cette question, à propos d'un contrat emploi-solidarité, la chambre sociale de la Cour de cassation souligne le caractère dérogatoire de ce type de contrat (Soc., 16 mars 1999, *Bull.* 1999, V, n° 113, pourvois n° 97-40.271 et 97-44.137) qui « peuvent, par exception au régime de droit commun des contrats à durée déterminée, être contractés pour des emplois liés à l'activité normale et permanente » de l'organisme. Afin de favoriser l'insertion ou la réinsertion des personnes sans emploi, il semble justifié que le dispositif des contrats emploi-solidarité concerne également les emplois permanents de l'entreprise.

Par la suite, la chambre sociale, dans les arrêts du 18 novembre 2003 (*Bull.* 2003, V, n° 284, pourvoi n° 01-46.408) et 26 janvier 2005 (*Bull.* 2005, V, n° 22, pourvoi n° 02-46.639), a également écarté, eu égard aux objectifs assignés à ce type de contrat, les règles de droit commun du contrat à durée déterminée pour les contrats initiative-emploi. « Les contrats initiative-emploi sont des contrats de travail de droit privé réservés aux demandeurs d'emploi de longue durée, aux bénéficiaires de minima sociaux et aux personnes qui, du fait de leur âge, de leur handicap, de leur situation sociale ou familiale, rencontrent des difficultés particulières d'accès à l'emploi, et conclus en application de conventions passées par les employeurs avec l'État. Il en résulte que lorsqu'ils sont conclus pour une durée déterminée, qui ne peut excéder vingt-quatre mois aux termes de l'article L. 322-4-4 du code du travail, ils peuvent, par exception au régime de droit commun des contrats à durée déterminée, être contractés pour pourvoir durablement des emplois liés à l'activité normale et permanente de l'entreprise. »

2.1.3.1.1. Conditions de forme

En revanche, la chambre sociale considère que les contrats aidés doivent répondre aux conditions de forme de droit commun des contrats à durée déterminée telles que fixées par l'article L. 1242-12 du code du travail à peine d'être requalifiés de façon irréfragable en contrat à durée indéterminée.

L'exigence d'un contrat écrit entre l'employeur et le salarié fait partie de ces conditions impératives. Ce formalisme s'inscrit dans la logique de la loi du 12 juillet 1990 qui a posé le principe selon lequel est présumé légalement conclu à durée indéterminée le contrat de travail conclu à durée déterminée si l'employeur n'indique pas dans ce contrat écrit la définition précise de son motif (Soc., 30 novembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 306, pourvoi n° 02-42.284; Soc., 22 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 77, pourvoi n° 04-42.863).

Les contrats initiative-emploi à durée déterminée, qui sont des contrats conclus au titre du 1° de l'article L. 122-2 du code du travail, doivent, en application de l'article L. 122-3-1 être établis par écrit et comporter la définition précise de leur motif, à défaut de quoi ils sont réputés conclus pour une durée indéterminée. Lorsque le contrat de travail à durée déterminée ne mentionne pas qu'il s'agit d'un contrat initiative-emploi, il en résulte qu'il ne comporte pas la définition précise de son motif, peu important l'existence de la convention de droit public passée entre l'employeur et l'État et les mentions des bulletins de paie, et doit, en conséquence, être réputé conclu pour une durée indéterminée (Soc., 11 février 2004, *Bull.* 2004, V, n° 46, pourvoi n° 02-40.744; dans le même sens, Soc., 26 février 2002, pourvoi n° 00-40.758; Soc., 23 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 329, pourvois n° 99-44.574 à 99-44.578). Mais la mention « initiative-emploi » suffit à satisfaire à l'exigence de définition du motif du recours au CDD prévue à l'article L. 122-3-1 (Soc., 17 octobre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 326, pourvoi n° 97-45.439).

La chambre sociale a affirmé dans un arrêt 10 janvier 2001 que, lorsque la relation contractuelle s'est poursuivie entre l'employeur et le salarié après l'échéance du terme du contrat emploi-solidarité renouvelé sans conclusion d'un nouveau contrat écrit établi entre eux, peu important les conventions passées à la même période entre l'URSSAF et l'État, ledit contrat est devenu à durée indéterminée (Soc., 10 janvier 2001, pourvoi n° 98-45.562). Cette jurisprudence a été réaffirmée par un arrêt du 30 novembre 2004 à propos du contrat emploi-solidarité et du contrat emploi consolidé (Soc., 30 novembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 306, pourvoi n° 02-42.284).

La sanction des irrégularités d'un contrat emploi-jeune conclu à durée déterminée ne peut être que la requalification de la relation contractuelle en contrat à durée indéterminée. En l'espèce, le contrat de travail à durée déterminée signé par le salarié ne faisait pas référence aux dispositions du contrat « emploi-jeune » (Soc., 1^{er} décembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 344, pourvoi n° 04-44.921).

2.1.3.1.2. Dispositifs d'accompagnement et de formation des salariés

Il paraît intéressant de s'arrêter sur les conséquences tirées par la chambre sociale du non-respect, par l'employeur, des dispositions relatives aux dispositifs d'accompagnement

et de formation du salarié qui sont spécifiques à certains de ces « contrats aidés », conçus comme une transition vers l'emploi durable.

Ainsi, dans le régime du contrat de qualification prévu par l'article L. 981-1 ancien du code du travail, l'employeur s'engage à assurer un complément de formation professionnelle du salarié. Les enseignements généraux, professionnels et technologiques dispensés pendant la durée du contrat doivent être au minimum d'une durée égale à 25 % de la durée totale du contrat.

L'obligation de formation constitue un élément essentiel du contrat de qualification. C'est à l'employeur, débiteur de l'obligation de formation, d'apporter la preuve qu'il a satisfait à ses engagements (Soc., 25 janvier 1989, *Bull.* 1989, V, n° 73, pourvoi n° 85-45.271). Si l'employeur ne respecte pas les engagements souscrits dans le cadre du contrat de qualification, le salarié peut saisir la juridiction prud'homale afin d'obtenir la requalification de ce contrat en contrat à durée déterminée de droit commun. Il appartient aux juges du fond de contrôler le respect de cette obligation de formation par l'entreprise. Ainsi constitue une faute grave de la part de l'employeur le fait de ne pas avoir assuré à la salariée un enseignement général, professionnel et technologique (Soc., 7 novembre 2001, pourvoi n° 99-44.805). La chambre sociale de la Cour de cassation précise que « le contrat de qualification comportant l'engagement d'assurer au salarié une formation lui permettant d'acquérir une formation professionnelle, l'inexécution de cette obligation par l'employeur engage sa responsabilité, sauf cas de force majeure » (Soc., 6 juin 2000, *Bull.* 2000, V, n° 223, pourvoi n° 97-43.725). L'absence de faute de la part de l'employeur ne l'exonère pas de son obligation de formation selon la jurisprudence de la chambre sociale.

Pour la chambre sociale, doivent également faire l'objet d'une requalification en contrat à durée indéterminée les contrats emploi-solidarité et les contrats emploi consolidé dès lors que l'employeur n'a pas respecté les obligations mises à sa charge relatives à la formation et à l'orientation professionnelle (Soc., 30 novembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 305, pourvois n° 01-45.613 et 02-44.922).

2.1.3.2. Assurer un complément de formation professionnelle

L'article D. 1242-3 précise les cas dans lesquels les salariés qui bénéficient d'un complément de formation professionnelle peuvent être engagés par contrat à durée déterminée lorsque l'employeur s'engage à assurer un complément de formation professionnelle (au titre du 2° de l'article L. 1242-3 du code du travail) :

1° Candidats faisant un stage en vue d'accéder à un établissement d'enseignement.

2° Élèves ou anciens élèves d'un établissement d'enseignement faisant un stage d'application.

Il ne s'agit pas ici des « stages pratiques en entreprise » de la loi du 10 juillet 1979, car ces stagiaires n'ont pas la qualité de salariés. Aussi, l'élève qui fait un stage dans une entreprise, pendant sa scolarité, dans le cadre d'une convention conclue entre l'établissement d'enseignement et l'entreprise, est demeuré l'élève de cet établissement : il ne peut se prévaloir d'un contrat de travail à durée déterminée (Soc., 3 octobre 1991, *Bull.* 1991, V, n° 388,

pourvoi n° 88-41.931). La chambre sociale considère également que « l'accomplissement de tâches professionnelles sous l'autorité de l'entreprise d'accueil n'est pas de nature à exclure la mise en œuvre d'une convention de stage en entreprise » (Soc., 17 octobre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 336, pourvoi n° 98-40.986), et qu'une convention de stage « implique nécessairement l'accomplissement de tâches professionnelles sous l'autorité fonctionnelle de l'entreprise d'accueil » (Soc., 4 octobre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 153, pourvoi n° 06-44.106).

3° Étrangers venant en France en vue d'acquérir un complément de formation professionnelle.

4° Bénéficiaires d'une aide financière individuelle à la formation par la recherche.

5° Salariés liés par un contrat de rééducation professionnelle au sens des dispositions de l'article L. 5213-3 ou des textes relatifs à la rééducation professionnelle des victimes d'accidents du travail et des assurés sociaux.

2.2. L'encadrement des facteurs de précarité présents dans le contrat à durée indéterminée

2.2.1. La période d'essai

La loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 est venue, à la suite de l'accord national interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail, donner un cadre législatif à la période d'essai au travers des dispositions des articles L. 1221-19 et suivants du code du travail.

Ainsi, selon l'article L. 1221-19 : « Le contrat de travail à durée indéterminée peut comporter une période d'essai dont la durée maximale est :

- 1° Pour les ouvriers et les employés, de deux mois ;
- 2° Pour les agents de maîtrise et les techniciens, de trois mois ;
- 3° Pour les cadres, de quatre mois. »

Et selon l'article L. 1221-21 : « La période d'essai peut être renouvelée une fois si un accord de branche étendu le prévoit. Cet accord fixe les conditions et les durées de renouvellement. La durée de la période d'essai, renouvellement compris, ne peut pas dépasser :

- 1° Quatre mois pour les ouvriers et employés ;
- 2° Six mois pour les agents de maîtrise et techniciens ;
- 3° Huit mois pour les cadres. »

La jurisprudence antérieure à ces dispositions avait fixé un cadre à la période d'essai.

Ainsi, la chambre sociale a prévu « qu'une période d'essai ne peut résulter que du contrat de travail ou de la convention collective et ne peut être instituée par un usage » (Soc., 23 novembre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 448, pourvoi n° 97-43.022). Lorsque la convention collective prévoit la possibilité d'une période d'essai, celle-ci doit être fixée dans son principe et dans sa durée dès l'engagement du salarié (Soc., 28 juin 2000, pourvoi n° 98-45.182). Lorsque, dans la convention collective applicable, la période d'essai est automatique, elle s'applique au salarié même en l'absence de clause contractuelle si le salarié a été informé, au moment

de son engagement, de l'existence de la disposition conventionnelle et a été en mesure d'en prendre connaissance (Soc., 23 avril 1997, *Bull.* 1997, V, n° 143, pourvoi n° 94-42.525).

Lorsque la convention collective fixe la durée de la période d'essai, les parties ne peuvent convenir d'une durée plus longue que celle-ci, renouvellement compris (Soc., 18 mars 1992, *Bull.* 1992, V, n° 194, pourvoi n° 89-42.432), l'employeur ne pouvant stipuler *ab initio* une période d'essai d'une durée intégrant un renouvellement dont la convention collective ne prévoit que la faculté (Soc., 17 janvier 1995, pourvoi n° 91-43.011). En l'absence de disposition conventionnelle, les parties déterminent la durée de la période d'essai sous réserve que celle-ci ne soit pas excessive compte tenu des fonctions exercées par le salarié mis à l'essai (Soc., 7 janvier 1992, pourvoi n° 88-45.393).

Le renouvellement de la période d'essai doit être expressément permis par la convention collective (Soc., 7 janvier 1988, *Bull.* 1988, V, n° 20, pourvoi n° 86-41.305) ou, en l'absence de convention collective, par le contrat de travail (Soc., 10 novembre 1998, pourvoi n° 96-41.579, cette dernière solution semble désormais exclue par l'article L. 1221-21 du code du travail) et requiert en toute hypothèse l'accord exprès du salarié, survenu au cours de la période initiale (Soc., 23 janvier 1997, *Bull.* 1997, V, n° 33, pourvoi n° 94-44.357).

La rupture doit être notifiée avant la fin de la période d'essai, à défaut de quoi elle sera requalifiée en licenciement, avec les conséquences découlant du non-respect de la procédure légale (Soc., 19 novembre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 386, pourvoi n° 95-40.280).

La rupture notifiée au cours de la période d'essai n'échappe pas à tout contrôle. L'employeur ne doit pas commettre d'abus dans son droit de rompre le contrat de travail au cours de la période d'essai. Celle-ci ayant pour finalité de permettre à l'employeur d'apprécier la valeur professionnelle du salarié, la rupture sera abusive lorsqu'elle reposera sur des motifs étrangers à cette appréciation. « Mais attendu que si, en principe, chaque partie au contrat de travail est libre de le rompre sans donner de motif pendant la période d'essai, il n'en résulte pas nécessairement que cette rupture ne puisse être fautive ; que la cour d'appel, qui a constaté que la période d'essai avait été rompue pour des considérations qui n'étaient pas inhérentes à la personne du salarié, a caractérisé un abus dans l'exercice du droit de résiliation en cours de période d'essai et a ainsi légalement justifié sa décision » (Soc., 24 novembre 1999, pourvoi n° 97-43.054). La rupture sera également abusive si l'employeur a fait preuve en la décidant d'une « légèreté blâmable » (Soc., 18 juin 1996, *Bull.* 1996, V, n° 247, pourvoi n° 92-44.891) ou d'une « précipitation intempestive » sans avoir mis le salarié en mesure de faire ses preuves (Soc., 3 novembre 1998, pourvoi n° 96-42.906).

La période d'essai, période de vulnérabilité particulière du salarié par la faculté qu'elle donne à l'employeur de rompre la relation de travail sans avoir à se plier aux règles du licenciement, fait donc l'objet, dans la jurisprudence de la chambre sociale, d'un encadrement strict, récemment illustré par un arrêt de la chambre sociale qui, au visa des « principes posés par la Convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement », a jugé « qu'est déraisonnable, au regard de la finalité de la période d'essai et de l'exclusion des règles du licenciement durant cette période, la durée d'un an du stage prévu par la convention collective nationale du Crédit agricole pour les agents de la classe III engagés par contrat à durée indéterminée » (Soc., 4 juin 2009, *Bull.* 2009, V, n° 146, pourvoi n° 08-41.359).

2.2.2. Le contrat de travail à temps partiel

Le salarié ne peut travailler dans le cadre d'un contrat de travail à temps partiel sans y avoir consenti. Au cours de la relation de travail, le passage au temps partiel, qui réalise une modification du contrat de travail, ne peut être imposé au salarié, et le refus de celui-ci ne justifie pas un licenciement ni ne constitue une faute (article L. 3123-4 du code du travail).

On peut aussi considérer que le salarié recruté pour occuper un emploi à temps partiel a accepté de conclure le contrat de travail dans ces conditions.

Mais cette analyse strictement juridique est peut-être insuffisante au regard de la réalité des conditions économiques qui, en fait, peuvent restreindre la liberté du salarié de ne pas accepter le travail à temps partiel.

Le contrat de travail à temps partiel est soumis à un certain formalisme. Il doit être écrit (article L. 3123-14 du code du travail) et comporter un certain nombre de mentions obligatoires (*ibid.*). Les plus significatives, du point de vue de la vulnérabilité du salarié, tiennent à l'obligation de faire figurer la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine pour les salariés travaillant sur une base hebdomadaire, et entre les semaines du mois pour ceux travaillant sur une base mensuelle, ainsi qu'à la nécessité de faire figurer les cas dans lesquels une modification éventuelle de cette répartition peut survenir ainsi que la nature de cette modification.

L'absence d'écrit constatant l'existence d'un contrat de travail à temps partiel fait présumer qu'il a été conclu à temps complet (Soc., 23 novembre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 451, pourvoi n° 97-43.448), mais cette présomption est simple, l'employeur pouvant apporter la preuve que le contrat était à temps partiel à la condition, toutefois, d'établir que le salarié n'est pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il doit travailler et qu'il n'est pas tenu d'être constamment à sa disposition (Soc., 15 octobre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 311, pourvoi n° 01-46.240).

S'agissant des mentions relatives à la modification de la répartition des horaires prévus au contrat, qui doit être notifiée au salarié sept jours au moins avant la date à laquelle elle doit avoir lieu (article L. 3123-21 du code du travail), la chambre sociale exige que la définition des cas dans lesquels cette modification peut survenir soit précise : « Attendu, [...] qu'une clause du contrat ne peut valablement permettre à l'employeur de modifier l'horaire convenu en prévenant le salarié au moins sept jours à l'avance qu'à la double condition, d'une part, de la détermination par le contrat de la variation possible, d'autre part, de l'énonciation des cas dans lesquels cette modification pourra intervenir; [...] la répartition du travail à temps partiel sur six jours au lieu de cinq jours constituait une modification du contrat de travail et que la clause contractuelle visée par le jugement, en accordant à l'employeur le pouvoir de modifier la répartition des horaires en fonction des nécessités du service, ne correspondait pas aux exigences légales » (Soc., 6 avril 1999, *Bull.* 1999, V, n° 166, pourvois n° 96-45.790 et 96-45.791).

2.2.3. Le changement imposé du lieu de travail (hors clause de mobilité)

Dans le cas, seul envisagé ici, d'une mobilité géographique ne s'appuyant pas sur une clause du contrat de travail, la jurisprudence va contrôler si le changement du lieu de travail est ou non constitutif d'une modification du contrat de travail en l'appréciant de manière objective (Soc., 4 mai 1999, *Bull.* 1999, V, n° 186, pourvoi n° 97-40.576) en vérifiant essentiellement s'il survient à l'intérieur du même secteur géographique (Soc., 16 décembre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 558, pourvoi n° 96-40.227).

La chambre sociale, exerçant un contrôle « léger » sur la caractérisation par les juges du fond du secteur géographique, vérifie si, des constatations de fait qu'ils ont opérées, et qui doivent reposer sur des éléments objectifs, par exemple la distance, la nature de la liaison routière, ils ont pu déduire qu'un changement du lieu de travail était survenu à l'intérieur du même secteur géographique (Soc., 27 septembre 2006, pourvoi n° 04-47.005).

Puisque les conséquences subjectivement ressenties par le salarié du fait du changement de son lieu de travail ne sont pas en tant que telles prises en compte par la jurisprudence, c'est sur l'exigence que les juges du fond caractérisent par des éléments objectifs l'existence d'un secteur géographique que va reposer la protection du salarié contre une mobilité excessive.

On doit mentionner que, dans un arrêt du 22 janvier 2003, la chambre sociale a considéré que « le déplacement occasionnel imposé à un salarié en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement ne constitue pas une modification de son contrat de travail dès lors que la mission est justifiée par l'intérêt de l'entreprise et que la spécificité des fonctions exercées par le salarié implique de sa part une certaine mobilité géographique » (Soc., 22 janvier 2003, *Bull.* 2003, V, n° 15, pourvoi n° 00-43.826), cette prise de position exposant les salariés à une importante mobilité, puisque en dehors même du « secteur géographique », dans des conditions dont la définition est assez générale. La jurisprudence ne semble pas depuis très abondante sur ce type de mutabilité géographique, qui paraît appeler des précisions.

2.2.4. Le contrat de chantier

Afin que le contrat de chantier ne soit pas abusivement source de précarité, la jurisprudence veille à un respect assez strict du régime propre à ce type de contrat, atypique lorsqu'il est conclu à durée indéterminée.

Pour être conforme, le contrat à durée indéterminée de chantier doit préciser non seulement le nom du chantier sur lequel le salarié est occupé, mais aussi précisément les tâches pour lesquelles il a été engagé (Soc., 18 décembre 1986, *Bull.* 1986, V, n° 623, pourvoi n° 83-44.527). Le contrat doit clairement indiquer que l'embauche du salarié est limitée à l'exécution d'un chantier en particulier ou de plusieurs chantiers déterminés (Soc., 18 décembre 1986, précité; Soc., 22 novembre 2000, pourvoi n° 98-43.741).

L'achèvement du chantier mentionné contractuellement constitue une cause de licenciement si le contrat a été conclu pour la durée de ce chantier (Soc., 16 novembre 2005, pourvois n° 04-44.743 et s.; Soc., 12 février 2002, *Bull.* 2002, V, n° 64, pourvoi n° 99-41.239),

même si la durée estimée de ce chantier a été dépassée (Soc., 15 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 342, pourvoi n° 04-48.672).

Un arrêt du 8 avril 2009 a admis la licéité de la rupture d'un contrat de chantier à la date de l'achèvement des tâches pour lesquelles le salarié avait été engagé alors que ce dernier se trouvait en arrêt de travail pour cause de maladie, cette rupture n'étant toutefois justifiée, en application de l'article L. 122-32-2, alinéa premier, devenu L. 1226-9 du code du travail, que par l'impossibilité dans laquelle s'était trouvé l'employeur de maintenir le contrat de travail pour un motif non lié à l'accident du travail (Soc., 8 avril 2009, *Bull.* 2009, V, n° 103, pourvoi n° 07-42.942).

En conclusion de ces développements consacrés à la précarité dans la relation de travail salarié, il paraît intéressant de revenir sur l'arrêt de la chambre sociale du 1^{er} juillet 2008 (Soc., 1^{er} juillet 2008, *Bull.* 2008, V, n° 146, pourvoi n° 07-44.124) rendu à propos du contrat « nouvelles embauches ».

Le contrat « nouvelles embauches » (CNE), contrat à durée indéterminée instauré par l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, 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 une période couvrant les deux premières années suivant sa conclusion, dite période de consolidation. L'employeur pouvait ainsi y mettre fin par lettre recommandée non motivée sans être tenu 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. Si le salarié contestait son licenciement, il lui incombait de rapporter la preuve de son caractère abusif.

Par son arrêt du 1^{er} juillet 2008, la chambre sociale de la Cour de cassation a approuvé la décision de la cour d'appel de Paris ayant jugé, à la suite du conseil de prud'hommes de Longjumeau, le contrat « nouvelles embauches » contraire aux dispositions de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT).

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 que le licenciement ne peut survenir 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 faisant 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 ensuite jugé que ne satisfaisait pas aux exigences des dispositions combinées des articles 4, 7 et 9 du texte international l'article 2 de l'ordonnance du 2 août 2005 instaurant le contrat « nouvelles embauches » en ce qu'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, qu'il privait le travailleur de son droit de se défendre préalablement à son licenciement et qu'il faisait exclusivement peser sur lui la charge de prouver le caractère abusif de la rupture.

Sur le fondement des articles 4, 7 et 9 de la Convention n° 158 de l'OIT, la Cour de cassation, écartant les dispositions du droit national relatives au CNE, a dit que la rupture du contrat était soumise aux règles d'ordre public prévues par le code du travail et que le licenciement non motivé de la salariée était sans cause réelle et sérieuse. L'employeur a donc été condamné au paiement des indemnités prévues en matière de licenciement abusif.

Auparavant, le Bureau international du travail, saisi par la Confédération générale du travail-Force ouvrière, avait, dans un rapport adopté par son conseil d'administration le 14 novembre 2007 et relatif au CNE, considéré que la « période de consolidation » de deux ans n'était pas « raisonnable » et qu'un contrat « nouvelles embauches » ne pouvait être rompu en l'absence d'un motif valable, concluant au non-respect de la Convention n° 158.

Les dispositions relatives au contrat de travail « nouvelles embauches » ont été abrogées par une loi du 26 juin 2008.

Les salariés protégés

0. INTRODUCTION

Les représentants élus du personnel et les représentants syndicaux sont particulièrement vulnérables aux discriminations de la part d'employeurs qui peuvent être tentés de les évincer en usant de leur pouvoir disciplinaire ou de leur pouvoir de direction. C'est pour écarter ce risque que le législateur leur a accordé un statut protecteur spécifique.

Les membres des comités d'entreprise ont été les premiers à bénéficier de ce régime lors de la création de cette institution par l'ordonnance n° 45-280 du 22 février 1945. Ce dispositif a ensuite été étendu notamment aux délégués du personnel (loi n° 46-730 du 16 avril 1946), aux anciens représentants élus et aux candidats aux fonctions représentatives (ordonnance n° 59-81 du 7 janvier 1959), aux représentants syndicaux au comité d'entreprise (loi du 18 juin 1966), aux délégués syndicaux (loi n° 68-1179 du 27 décembre 1968), aux membres des comités d'hygiène et de sécurité (loi n° 73-1195 du 27 décembre 1973) et aux représentants conventionnels (loi n° 82-915 du 28 octobre 1982).

Au-delà de ces textes, la représentation du personnel est par ailleurs inscrite dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (huitième alinéa), auquel se réfère celui de la Constitution du 4 octobre 1958, en ces termes : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. »

La Cour de cassation en 1974 (arrêts Perrier du 21 juin 1974 : *Bull.* 1974, Ch. mixte, n° 3, pourvoi n° 71-91.225 ; *Bull.* 1974, Ch. mixte, n° 2, pourvoi n° 72-40.054 ; *Bull. crim.* 1974, Ch. mixte, n° 236, pourvoi n° 71-91.225), le Conseil d'État en 1976 et 1977 (arrêt Safer d'Auvergne du 5 mai 1976 et arrêt Abellan du 18 février 1977) et le Conseil constitutionnel en 1988 (décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988 ; décision n° 91-284 DC du 16 janvier 1991) ont consacré par leur jurisprudence le principe de ce statut protecteur, la Cour de cassation conférant à ce régime le caractère d'une « protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun ».

La nécessité d'une telle protection est également reconnue par le droit international (Convention n° 135 adoptée en 1971 par l'Organisation internationale du travail ; Convention n° 158, du 22 juin 1982...) et par le droit européen (Charte sociale européenne, du 18 octobre 1961, Directive 2001/23/CE, du 12 mars 2001, Directive 94/45/CE, du 22 septembre 1994, Directive 2002/14/CE, du 11 mars 2002, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du 7 décembre 2000...).

Ce régime a été peu à peu renforcé notamment par la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 qui l'étend aux représentants du personnel compris dans un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement, généralise l'autorisation administrative de licenciement et institue un droit

à réintégration lorsque la décision administrative autorisant le licenciement est annulée à la suite d'un recours hiérarchique ou contentieux.

Afin d'assurer pleinement l'efficacité de cette protection, le législateur et la jurisprudence organisent diverses mesures qui ont vocation à s'appliquer antérieurement à l'exercice de tout mandat (première partie), en cours de mandat (deuxième partie) ou à l'expiration de celui-ci (troisième partie).

1. LA VULNÉRABILITÉ DES SALARIÉS QUI DEMANDENT LA MISE EN PLACE D'ÉLECTIONS PROFESSIONNELLES ET DES SALARIÉS CANDIDATS À DES FONCTIONS REPRÉSENTATIVES

En se découvrant et en se déclarant prêt à assumer un mandat représentatif, le salarié concerné prend un risque.

Bénéficient donc d'un régime de protection spécifique les salariés se retrouvant dans les situations qui suivent.

1.1. Les salariés qui demandent la mise en place d'élections professionnelles (articles L. 2411-6 et L. 2411-9 du code du travail)

Cette protection ne peut jouer que si le salarié est mandaté par une organisation syndicale – à raison d'un seul salarié par organisation – ou, à défaut, si sa demande est relayée par un syndicat. Dans ce dernier cas, la protection ne commence à courir qu'à compter de la date d'envoi de la lettre par laquelle le syndicat demande lui-même l'organisation des élections (Crim., 10 décembre 1985, *Bull. crim.* 1985, n° 396, pourvoi n° 85-90.814; Soc., 25 juin 1987, *Bull.* 1987, V, n° 425, pourvoi n° 84-41.600; Crim., 21 novembre 1989, *Bull. crim.* 1989, n° 435, pourvoi n° 89-80.847; Soc., 10 janvier 2006, pourvoi n° 04-41.736).

Ce système, qui vise à faciliter la mise en place des institutions représentatives dans les entreprises, n'est pas pleinement satisfaisant dès lors que seule l'intervention d'une organisation syndicale permet au salarié demandeur de bénéficier d'un régime de protection. En d'autres termes, le salarié se trouve exposé à un risque « de repréailles » pendant toute la période comprise entre la date de sa demande et l'intervention du syndicat (*Le Guide des élections professionnelles*, Guides Dalloz, édition 2010/2011, n° 511.21 et s.).

1.2. Les salariés dont l'imminence de la candidature est connue de l'employeur (articles L. 2411-7, alinéa 2, et L. 2411-10, alinéa 2, du code du travail)

Est considérée comme imminente la candidature survenue avant la conclusion du protocole d'accord préélectoral (Soc., 23 mai 1984, *Bull.* 1984, V, n° 223, pourvoi n° 83-61.130; Soc., 17 octobre 1989, *Bull.* 1989, V, n° 596, pourvoi n° 87-41.174; Crim., 18 novembre 1997, *Bull. crim.* 1997, n° 391, pourvoi n° 96-80.942; Soc., 4 juillet 1990, *Bull.* 1990, V, n° 348, pourvoi n° 87-44.840) ainsi que celle d'un salarié non mandaté par une organisation syndicale présentée avant le premier tour du scrutin, pour lequel les syndicats représentatifs ont le monopole des candidatures (Soc., 18 novembre 1992, *Bull.* 1992, V, n° 556, pourvoi n° 88-44.905).

Le salarié bénéficie du statut protecteur si l'employeur a eu connaissance de l'imminence de sa candidature ou de sa désignation avant la date à laquelle il lui a remis ou envoyé la lettre de convocation à l'entretien préalable au licenciement (Soc., 1^{er} décembre 1993, *Bull.* 1993, V, n° 298, pourvoi n° 92-40.072; Soc., 28 janvier 2009, *Bull.* 2009, V, n° 25, pourvoi n° 08-41.633).

Cette protection n'est valable que jusqu'au dépôt d'une nouvelle candidature régulière pour le second tour des élections (Soc., 21 décembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 411, pourvoi n° 04-47.426).

Le Conseil d'État adopte une position plus restrictive que celle du juge judiciaire et considère que la demande d'organisation d'élections et la déclaration de candidature ne suffisent pas à établir l'imminence de celle-ci dès lors qu'elle n'est pas présentée par un syndicat (CE, 5 novembre 1993, n° 100132, « Sté Socochare », publié au *Recueil Lebon*, p. 1067).

1.3. Les candidats aux élections professionnelles

Les candidats aux fonctions de délégué du personnel et de membre élu au comité d'entreprise bénéficient également d'un régime de protection (articles L. 2411-7, alinéa 1, et L. 2411-10, alinéa 1, du code du travail). Cette protection a été étendue aux représentants du personnel au CHSCT (Soc., 30 avril 2003, *Bull.* 2003, V, n° 154, pourvoi n° 00-46.787).

Une jurisprudence constante n'admet la protection des candidats déclarés que si leur candidature a été notifiée après la signature du protocole préélectoral (Ass. plén., 27 octobre 1972, *Bull.* Ass. plén., n° 5; Soc., 24 mars 1988, *Bull.* 1988, V, n° 216, pourvoi n° 86-40.624; Soc., 27 octobre 2004, pourvoi n° 02-60.631). Cette position est également celle du Conseil d'État (CE, 5 décembre 1984, n° 48143, « Sté Amram », mentionné dans les tables du *Recueil Lebon* T 761).

Si le code du travail précise que le point de départ du délai de protection court à partir de l'envoi, par lettre recommandée à l'employeur, des listes de candidatures, cette formalité n'est prévue que pour faciliter la preuve de la candidature et non pour sa validité. Il suffit, dès lors, que la preuve soit rapportée que l'employeur en a eu connaissance de façon

certaine (Soc., 4 mars 1998, *Bull.* 1998, V, n° 119, pourvoi n° 95-42.040; Soc., 20 novembre 2001, pourvoi n° 99-44.777).

Enfin, l'annulation d'une candidature jugée frauduleuse n'entraîne la perte de la protection résultant de cette candidature qu'à la date à laquelle le jugement d'annulation est prononcé (Soc., 28 novembre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 396, pourvoi n° 98-42.019; Soc., 28 février 2007, *Bull.* 2007, V, n° 36, pourvoi n° 05-42.553). Le Conseil d'État et la chambre criminelle de la Cour de cassation adoptent une solution contraire (CE, 15 janvier 1982, n° 18463, « Sté Allard », publié au *Recueil Lebon* 22; Crim., 6 novembre 1979, *Bull. crim.* 1979, n° 308, pourvoi n° 78-92.862).

2. LA VULNÉRABILITÉ DES SALARIÉS QUI EXERCENT UN MANDAT REPRÉSENTATIF

Afin d'écartier tout risque éventuel de représailles auquel l'exercice de leur mandat les expose, la loi et la jurisprudence organisent diverses mesures propres aux représentants du personnel et aux représentants syndicaux.

2.1. Transfert partiel d'entreprise

En vertu de l'article L. 2421-9 du code du travail, le transfert d'un représentant du personnel compris dans un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement ne peut survenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail.

Ce texte énonce un principe général applicable non seulement lorsque les conditions de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail sont réunies, mais aussi lorsque le salarié est transféré en vertu d'un accord collectif, en cas de perte d'un marché (Soc., 16 mars 1999, *Bull.* 1999, V, n° 124, pourvoi n° 96-44.570; Soc., 20 novembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 349, pourvoi n° 00-44.498) ou plus généralement en application d'une convention ou d'un accord collectif (Soc., 28 mai 2003, *Bull.* 2003, V, n° 181, pourvoi n° 01-40.512).

Le contrôle de l'inspecteur du travail tend à s'assurer que le salarié protégé ne fait pas l'objet d'une mesure discriminatoire (article L. 2421-9, du code du travail), le maintien des mandats en cours étant en effet suspendu au transfert ou non d'une entité économique conservant son autonomie, peu important qu'elle ait perdu son autonomie juridique (Soc., 28 juin 1995, *Bull.* 1995, V, n° 219, pourvoi n° 94-40.362; Soc., 18 décembre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 433, pourvoi n° 99-60.381; Soc., 15 mai 2002, pourvoi n° 00-42.989; Soc., 31 mars 2004, *Bull.* 2004, V, n° 102, pourvoi n° 03-60.048), cette autonomie s'appréciant au jour du transfert (Soc., 3 février 1998, *Bull.* 1998, V, n° 62, pourvoi n° 95-41.423; Soc., 3 mai 2007, pourvoi n° 06-40.119).

2.2. Changement dans les conditions de travail

La chambre sociale distingue, pour les salariés « ordinaires », selon que le projet de l'employeur constitue une modification du contrat de travail, soumise à l'accord exprès du salarié, ou un simple changement de ses conditions de travail qui peut lui être imposé.

Cette distinction n'a pas cours pour les salariés protégés. En cas de refus d'un tel changement, l'employeur doit poursuivre le contrat de travail aux conditions antérieures ou engager la procédure de licenciement en saisissant l'autorité administrative d'une demande d'autorisation de licenciement (Soc., 6 avril 1999, *Bull.* 1999, V, n° 159, pourvoi n° 97-40.499; Soc., 21 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 350, pourvoi n° 04-47.068; Soc., 15 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 74, pourvoi n° 03-42.510). Si l'employeur passe outre le refus du salarié protégé, ce dernier pourra demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail (Soc., 15 février 2006, précité) ou prendre acte de la rupture de celui-ci aux torts de l'employeur, cette rupture produisant les effets d'un licenciement nul (Soc., 5 juillet 2006, *Bull.* 2006, V, n° 237, pourvoi n° 04-46.009).

Cette règle ne doit toutefois pas être interprétée comme valant reconnaissance au profit de ces salariés d'un véritable droit au refus comme en matière de modification du contrat de travail. L'inspecteur du travail pourra en effet considérer que le refus du salarié présente un caractère fautif et autoriser son licenciement. Selon le *Lamy social* : « Si la marge de manœuvre de l'employeur est étroite, la situation du salarié est loin d'être confortable » (*Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1345).

2.3. Formation, évaluation, évolution de carrière et rémunération

Afin d'éviter d'éventuelles répétitions, le lecteur est invité à se reporter sur cette question au *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2008, p. 92 et s.

2.4. Rupture du contrat de travail

S'il est un point de vulnérabilité du salarié titulaire d'un mandat représentatif, c'est bien le maintien de son contrat de travail. La tentation peut être forte, dans les entreprises où le fait représentatif est mal accepté, de se débarrasser d'un salarié jugé trop revendicatif en mettant fin à son contrat de travail pour une cause apparemment objective. C'est dans l'intérêt de l'ensemble de la collectivité de travail que le représentant syndical ou représentant du personnel, vulnérable de par le lien de subordination que continue à exercer son employeur, doit se maintenir dans l'entreprise, et cela malgré l'antagonisme dont il peut faire l'objet.

À une période où le régime spécial dont bénéficie le salarié protégé contre la rupture de son contrat de travail est parfois dénoncé comme un privilège superflu, voire abusif, il n'est pas inutile de rappeler quelques éléments statistiques issus du rapport 2009 de la DARES. En premier lieu, si les salariés protégés sont licenciés aussi souvent que les autres pour motif

économique dans le secteur de l'industrie, ils le sont en revanche plus que les autres dans les secteurs des services et de l'industrie. En second lieu, près de 85 % des demandes d'autorisation de licenciement présentées à l'inspecteur du travail sont acceptées. Ces chiffres prouvent que la protection reste encore nécessaire et relative.

Ce qui explique que la jurisprudence de la Cour de cassation ait été, à l'instar de celle du Conseil d'État, particulièrement vigilante et innovante sur cette question. Vigilance et innovation qui ont porté particulièrement sur trois éléments : la procédure applicable à la rupture, l'appréciation du motif de la rupture, et la sanction de la rupture abusive.

2.4.1. Rupture du contrat de travail du salarié protégé et procédures spécifiques

Hors la nécessité d'obtenir une autorisation de licenciement de l'inspecteur du travail, la procédure de rupture du contrat de travail d'un salarié protégé n'est soumise par la loi qu'à de très rares aménagements. Le plus important est celui qui oblige à soumettre à la consultation préalable du comité d'entreprise tout projet de licenciement concernant un salarié titulaire d'un mandat électif (article L. 2421-3 du code du travail).

La jurisprudence a ajouté quelques exigences spécifiques complémentaires.

2.4.1.1. Elle a d'abord déclaré systématiquement obligatoire l'entretien préalable avec le salarié titulaire d'un mandat en cas de projet de rupture de son contrat, et cela même lorsqu'un tel entretien n'est pas imposé s'agissant des autres salariés. Ainsi, dans un arrêt du 10 mai 1999 (*Bull.* 1999, V, n° 207, pourvoi n° 97-40.510), la chambre sociale a estimé que, dès lors que les termes par lesquels le législateur se référait à l'entretien préalable avec le salarié protégé dans le cadre de l'article R. 2421-8 du code du travail étaient généraux, l'entretien préalable s'imposait y compris en cas de licenciement économique collectif, bien qu'il ne soit pas nécessaire normalement dans ce cadre (article L. 1233-38 du code du travail). Le Conseil d'État a d'ailleurs statué dans le même sens (CE, 28 septembre 2005, n° 266023), allant même jusqu'à étendre l'obligation de l'entretien préalable à l'hypothèse de la mise à la retraite du salarié protégé par l'employeur (CE, 17 juin 2009, n° 304027).

Le défaut d'entretien préalable – et même le défaut de respect du délai entre la convocation et l'entretien préalable (CE, 20 mars 2009, n° 312258) – ayant pour effet d'entraîner *ipso facto* le refus d'autorisation de la rupture par l'inspecteur du travail, cet entretien est ainsi, pour les salariés protégés, un élément essentiel de la procédure de rupture. Ce qui se justifie par le fait que, hors la cause de la rupture, dont le motif peut être objectif, le salarié doit pouvoir évoquer spécifiquement avec son employeur, dans le cadre de l'entretien, les contraintes particulières liées au mandat qu'il exerce et à son intérêt pour l'entreprise.

2.4.1.2. Elle a ensuite soumis aux obligations procédurales du licenciement, et notamment de l'obtention de l'autorisation de l'inspecteur du travail, des situations de rupture qui auraient pu être considérées comme en étant dispensées.

– Tel est le cas, d'abord, du salarié en période d'essai. Dans le prolongement de la jurisprudence de la chambre criminelle (5 novembre 1974, pourvoi n° 74-90.085), la chambre

sociale, par deux arrêts du 26 octobre 2005 (*Bull.* 2005, V, n° 306, pourvoi n° 03-44.751 et pourvoi n° 03-44.585), a décidé que la rupture du contrat d'un salarié protégé, à l'initiative de l'employeur, pendant la période d'essai, était soumise à la procédure spéciale applicable en matière de licenciement.

– Tel est le cas, ensuite, du fonctionnaire détaché auprès d'une entreprise privée et dont le détachement n'est pas renouvelé à son terme. Après avoir, dans un premier temps, considéré que la fin du détachement d'un fonctionnaire, titulaire d'un mandat représentatif dans l'entreprise n'était soumise à autorisation de l'inspecteur du travail que si elle survenait avant le terme prévu dans l'arrêt de détachement (*Soc.*, 23 mai 2006, *Bull.* 2006, V, n° 181, pourvoi n° 05-43.633), la chambre sociale a décidé que l'autorisation administrative était nécessaire même à l'arrivée normale du terme du détachement dès lors que l'employeur « s'est opposé au renouvellement du détachement demandé par le fonctionnaire, ou que ce non-renouvellement est dû à son fait ».

– Tel est le cas, enfin, du salarié licencié après l'expiration de son statut protecteur, mais pour des faits commis pendant qu'il était protégé. Craignant un détournement du système de protection, la jurisprudence a estimé que, dès lors que les faits avaient été commis pendant la période de protection, l'employeur ne pouvait attendre que cette période ait expiré pour, hors toute intervention de l'autorité administrative, procéder à un licenciement ordinaire (*Soc.*, 23 novembre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 295, pourvoi n° 01-46.234) ou encore licencier le salarié pour des faits sur lesquels l'inspection du travail, antérieurement saisie, avait refusé de donner son autorisation (*Soc.*, 11 juin 2008, pourvoi n° 06-46.196). Il n'en va autrement que si la période de protection a expiré sans que l'employeur n'ait eu matériellement le temps d'obtenir l'autorisation de licenciement (*Soc.*, 13 mai 2008, pourvoi n° 06-42.806).

Dans toutes ces situations, l'axe directeur de la jurisprudence est ainsi l'initiative prise par l'employeur de rompre la relation de travail avec le salarié détenteur d'un mandat et la nécessité par conséquent d'exercer un contrôle sur le motif réel de cette rupture initiée par l'employeur. C'est ce même axe directeur qui guide d'ailleurs le législateur lorsqu'il soumet le non-renouvellement des contrats à durée déterminée à la procédure d'autorisation administrative (article L. 2421-7 du code du travail).

La Cour de cassation avait par ailleurs, toujours dans la même logique, estimé que la rupture « d'un commun accord » ne pouvait être mise en œuvre qu'après autorisation de l'inspecteur du travail (*Soc.*, 21 février 1996, *Bull.* 1996, V, n° 63, pourvoi n° 92-44.842). Ce que le législateur a d'ailleurs entériné en soumettant, dans les nouvelles dispositions instaurées par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, la nouvelle « rupture amiable » du contrat de travail à l'autorisation préalable de l'autorité administrative.

2.4.2. L'appréciation du motif de la rupture

La rupture du contrat de travail d'un salarié protégé étant, dans la grande majorité des situations, soumise à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail, c'est à l'autorité administrative qu'il appartient d'examiner le motif invoqué de rupture.

La teneur du contrôle administratif a été définie par l'arrêt fondateur du Conseil d'État, l'arrêt d'assemblée « SAFER d'Auvergne » (CE, 5 mai 1976, n° 98647, publié au *Recueil Lebon*, p. 132) : « Considérant [...] que les salariés légalement investis de fonctions représentatives bénéficient, dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent, d'une protection exceptionnelle ; que, lorsque le licenciement d'un de ces salariés est envisagé, ce licenciement ne doit pas être en rapport avec les fonctions représentatives normalement exercées ou l'appartenance syndicale de l'intéressé. »

De ce considérant est ressortie la nécessité pour l'autorité administrative de vérifier systématiquement, d'une part, la réalité du motif de rupture invoqué par l'employeur, et d'autre part, l'absence de lien avec les fonctions représentatives ou syndicales exercées par le salarié.

La chambre sociale en a tiré les conséquences, dans les hypothèses où le juge judiciaire demeure compétent pour vérifier le motif de la rupture.

Il en est particulièrement ainsi lorsque le salarié prend acte de la rupture de ce contrat de travail ou en demande la résiliation judiciaire.

Par un effet revers de la protection dont bénéficie le salarié titulaire d'un mandat, la jurisprudence a longtemps refusé que ce salarié puisse, comme les salariés non protégés, prendre acte de la rupture de son contrat de travail en arguant de l'attitude fautive de son employeur, le juge étant alors chargé de décider, après la rupture, si celle-ci devait s'analyser en un licenciement ou en une démission (Soc., 25 juin 2003, *Bull.* 2003, V, n° 209, pourvoi n° 01-42.335). Le refus de laisser un salarié protégé accéder à ce mécanisme de rupture venait de l'idée que, le salarié exerçant son mandat dans l'intérêt collectif, il ne pouvait unilatéralement prendre la décision d'y mettre fin en dehors de tout contrôle de l'administration du travail (Soc., 4 avril 2001, pourvoi n° 99-44.095). La procédure de résiliation judiciaire lui était logiquement pareillement refusée.

Mais cette interdiction conduisait à des situations de blocage, mettant le salarié protégé victime d'une attitude fautive de l'employeur dans des difficultés insolubles. C'est pourquoi, par deux arrêts du 16 mars 2005 (*Bull.* 2005, V, n° 94, pourvoi n° 03-40.251) et du 25 janvier 2006 (pourvoi n° 03-44.372), la chambre sociale a mis fin aux restrictions qu'elle imposait au salarié protégé, lui ouvrant la possibilité de prendre acte de la rupture de son contrat de travail, ou d'en demander la résiliation judiciaire.

Dans ce cadre se posait alors une question essentielle : si la prise d'acte du salarié protégé pouvait, comme pour le salarié non protégé, être requalifiée en licenciement lorsqu'elle résultait d'un manquement suffisamment grave de l'employeur, le statut protecteur autorisait-il le juge judiciaire, hors l'intervention administrative par hypothèse absente, à contrôler le lien entre la situation évoquée par le salarié et l'exercice de son mandat ? Plus concrètement, le manquement de l'employeur, de nature à justifier la requalification de la prise d'acte en licenciement ou la résiliation judiciaire du contrat aux torts de l'employeur, pouvait-il se situer non dans la relation de travail, mais dans l'exercice des fonctions représentatives ou syndicales du salarié ?

La question a été soumise à la Cour de cassation dans une espèce qui a donné lieu à un arrêt du 27 mai 2009 (*Bull.* 2009, V, n° 136, pourvoi n° 08-42.555). Un salarié, membre du

comité d'entreprise, demandait la résiliation judiciaire de son contrat de travail, dans un contexte de licenciement économique collectif, en reprochant à son employeur d'avoir cessé, au prétexte qu'il avait été mis en congé sans solde, de le convoquer aux réunions du comité d'entreprise malgré ses réclamations.

La réponse n'allait pas de soi. Comment admettre en effet, juridiquement, qu'il puisse être procédé à la résiliation d'un contrat aux torts d'une partie alors que les manquements reprochés à cette partie, l'employeur, ne s'inscriraient pas du tout dans l'exécution même du contrat de travail? C'est d'ailleurs sur le fondement de l'article 1184 du code civil que se fondait le moyen de l'employeur. C'est sur le principe même du droit à la protection du représentant du personnel que la chambre sociale rejette ce pourvoi : « Mais attendu que le juge saisi par un représentant du personnel d'une demande de résiliation judiciaire de son contrat de travail apprécie les manquements reprochés à l'employeur compte tenu de l'ensemble des règles applicables au contrat de travail de l'intéressé et des exigences propres à l'exécution du mandat dont il est investi. »

Ainsi, de même que la rupture initiée par l'employeur ne doit pas avoir de lien avec l'exercice par le salarié d'un mandat représentatif ou syndical, de même la rupture à l'initiative du salarié peut-elle être en lien avec les manquements de l'employeur dans le cadre de l'exercice du mandat. La vulnérabilité de celui qui exerce un mandat légitime une protection qui transcende le cadre de ce simple mandat pour irradier la relation de travail elle-même.

2.4.3. La sanction de la rupture abusive

La rupture provoquée par l'employeur sans respect du statut protecteur est nulle de droit : telle a été la sanction dont la Cour de cassation a assorti historiquement la rupture abusive du contrat de travail d'un salarié protégé en l'absence de toute disposition légale applicable à cette situation (cf. J.-Y. Frouin, « L'indemnisation des salariés protégés licenciés sans autorisation », *RJS* 2001, p. 842, et J.-Y. Kerbouc'h, « Licenciement des salariés protégés. Les sanctions du licenciement sans autorisation ou dont l'autorisation est annulée », *RJS* 2003, p. 923).

La Cour de cassation considère en effet que le manquement est si grave qu'il justifie que les parties soient remises dans la situation où elles étaient auparavant. Une jurisprudence désormais bien établie, qui tend à dissuader l'employeur de mettre fin à un contrat de travail alors qu'en cas d'abus la réintégration sera ordonnée.

2.4.3.1. La nullité de la rupture s'applique quelle que soit la cause de la violation du statut protecteur

Il y a donc nullité du licenciement, de la mise à la retraite ou d'un départ volontaire du salarié :

- lorsque l'autorisation de licenciement n'a pas été demandée (Soc., 4 juillet 1989, *Bull.* 1989, V, n° 498, pourvoi n° 87-45.198);
- lorsque l'autorisation a été demandée mais refusée par l'inspection du travail;
- lorsque l'autorisation a été délivrée par l'administration mais annulée par la suite;

- lorsque l'autorisation a été donnée pour un motif et que le salarié est licencié pour un motif différent (Soc., 11 juin 2002, *Bull.* 2002, V, n° 198, pourvoi n° 00-41.073);
- lorsque la rupture prend la forme d'un « départ négocié » sans autorisation préalable de l'administration du travail (Soc., 11 décembre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 381, pourvoi n° 99-42.476).

2.4.3.2. Le droit à réintégration est tout aussi général

Le droit à réintégration est un droit absolu du salarié protégé victime d'une rupture abusive, et, si le code du travail le consacre à l'article L. 2422-1 s'agissant des salariés protégés licenciés après une autorisation administrative ultérieurement annulée, il naît *a fortiori* lorsque le licenciement est survenu sans aucune autorisation administrative (Soc., 4 juillet 1989, *Bull.* 1989, V, n° 498, pourvoi n° 87-45.198). Et puisque les parties doivent être remises le plus rapidement possible dans la situation où elles étaient avant la procédure de licenciement, la première chambre civile considère que le juge des référés est compétent pour ordonner la réintégration en raison du trouble illicite créé par cette situation, et cela même s'il existe une contestation sérieuse (1^{re} Civ., 27 mars 1979, *Bull.* 1979, I, n° 103, pourvoi n° 78-11.328).

L'obligation de réintégration s'applique tout à la fois à la situation de travail et au mandat exercé par le salarié.

- Le salarié, tout d'abord, a un droit absolu à être réintégré précisément dans le poste qu'il occupait auparavant.

La Cour de cassation est extrêmement vigilante sur les conditions de la réintégration. Elle a eu l'occasion d'indiquer que la reprise de travail du salarié devait se faire sur le même emploi que celui qu'il occupait ou, en cas d'impossibilité (emploi supprimé...), sur un emploi équivalent (Soc., 24 janvier 1990, *Bull.* 1990, V, n° 32, pourvoi n° 89-41.003). Tel n'est pas le cas, par exemple, lorsque le salarié est réintégré par l'employeur qui lui assure sa rémunération mais sans lui avoir donné la moindre tâche à accomplir (Soc., 30 juin 2004, *Bull.* 2004, V, n° 185, pourvoi n° 02-41.686).

Pour assurer totalement la protection du salarié, la Cour de cassation applique ces dispositions également en cas de transfert d'entreprise, estimant que l'obligation de réintégration incombe alors directement au repreneur, en application des dispositions de l'article L. 1224-1 du code du travail (Soc., 10 octobre 1990, *Bull.* 1990, V, n° 441, pourvoi n° 88-41.347), et étend le périmètre de réintégration à toutes les sociétés du groupe (Soc., 16 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 324, pourvoi n° 99-44.037).

- Le salarié doit également pouvoir être réintégré dans son mandat.

C'est un des fondements mêmes de la jurisprudence, que de veiller à ce que le salarié, protégé du fait de l'exercice du mandat qu'il exerce pour la collectivité des salariés, puisse, lorsqu'il a été mis fin à ses fonctions abusivement, recouvrer ses fonctions représentatives.

Il doit donc recouvrer sa place au comité d'entreprise, ou ses fonctions de délégué du personnel. Toutefois, si de nouvelles élections ont eu lieu alors qu'il n'était pas dans l'entreprise, la réintégration ne peut plus avoir lieu (Soc., 13 janvier 2009, *Bull.* 2009, V, n° 8,

pourvoi n° 06-46.364). De même, le représentant syndical ne reprend l'exercice de son mandat que s'il est à nouveau désigné par le syndicat à cette fin (Soc., 22 janvier 2002, *Bull.* 2002, V, n° 28, pourvoi n° 00-60.356). Il est en effet possible qu'entre-temps un autre salarié ait été désigné en qualité de représentant du syndicat. En tout état de cause, le salarié bénéficie, à compter de son retour dans l'entreprise, de la protection conférée aux salariés dont le mandat arrive à expiration.

– Cependant, et là réside une particularité du droit français tel que mis en œuvre tant par le Conseil d'État que par la Cour de cassation (voir par exemple CE, 14 juin 1991, n° 70950; Soc., 4 juillet 1989, *Bull.* 1989, V, n° 497, pourvoi n° 87-41.053), la réintégration est un droit pour le salarié, mais non une obligation. On retrouve ici la prise en considération de la vulnérabilité particulière du salarié protégé : victime d'une rupture abusive liée à l'exercice du mandat, le salarié ne doit pas, compte tenu de ces circonstances, être contraint d'avoir à revenir dans l'entreprise et de se soumettre à nouveau au lien de subordination à son employeur.

Le salarié doit donc demander sa réintégration dans les deux mois. Le fait pour lui de ne pas la demander, ou même de refuser une offre faite en ce sens par l'employeur, ne peut lui être reproché.

2.4.3.3. L'indemnisation, en revanche, varie selon les situations

Outre le droit à la réintégration, le salarié protégé licencié sans respect de son statut protecteur a droit de ce fait à une indemnisation particulièrement dissuasive pour l'employeur.

Visant à sanctionner autant qu'à réparer, l'indemnisation varie cependant selon que l'employeur a délibérément violé le statut protecteur en procédant à un licenciement en dehors de toute autorisation ou que, l'employeur ayant demandé et obtenu cette autorisation, le licenciement est annulé du fait de la remise en cause ultérieure de la décision administrative.

L'indemnisation tient également compte de la décision de réintégrer ou non l'entreprise prise par le salarié protégé.

– Si l'annulation du licenciement résulte de l'annulation ou du retrait de la décision d'autoriser le licenciement, le salarié a droit au paiement d'une indemnité correspondant à la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration ou, s'il n'a pas demandé cette réintégration, l'expiration du délai pour demander la réintégration (article L. 2422-4 du code du travail). Cette indemnité ayant un caractère essentiellement réparateur, doivent être déduites les sommes qui auraient été perçues pendant la même période (autre salaire, indemnité de licenciement).

– Si l'annulation du licenciement résulte de l'absence de demande d'autorisation de licenciement, le salarié a droit, s'il demande sa réintégration, à une indemnité couvrant la période de son éviction jusqu'à sa réintégration, et s'il ne la demande pas, à une indemnisation couvrant la période allant de son éviction à l'expiration de la période de protection en cours (Soc., 8 juin 1999, *Bull.* 1999, V, n° 267, pourvoi n° 97-41.498). Cette indemnité est forfaitaire, et il ne peut être déduit les sommes éventuellement perçues par le salarié au

cours de cette période. Elle se cumule en outre avec l'indemnisation pour le licenciement sans cause réelle et sérieuse.

3. LE SALARIÉ PROTÉGÉ RESTE VULNÉRABLE AU TERME DE SON MANDAT

Les anciens représentants du personnel ou représentants syndicaux bénéficient, à l'expiration de leur mandat ou en cas de disparition de l'institution, d'un régime de protection d'une durée de six mois (délégués du personnel, membres élus et représentants syndicaux au comité d'entreprise, représentants du personnel au CHSCT : articles L. 2411-5, L. 2411-8 et L. 2411-13 du code du travail) ou de douze mois (délégués syndicaux : article L. 2411-3; salariés mandatés : article L. 2411-4).

Ce délai de six mois trouve également à s'appliquer en cas d'annulation des élections des délégués du personnel (Soc., 11 mai 1999, *Bull.* 1999, V, n° 211, pourvoi n° 97-40.765), des élections des représentants du personnel au CHSCT (Soc., 17 mars 1998, *Bull.* 1998, V, n° 156, pourvoi n° 95-42.885) ou d'un jugement reconnaissant l'existence d'une unité économique et sociale entre plusieurs sociétés (Soc., 2 décembre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 238, pourvoi n° 07-41.832).

Le statut protecteur doit en effet, 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 [...] » (*Dr. soc.* 2001, p. 634).

Poursuivant son œuvre prétorienne, la chambre sociale de la Cour de cassation a par ailleurs récemment étendu la protection spéciale de six mois prévue à l'article L. 2422-2 du code du travail, applicable en cas d'annulation d'une autorisation de licenciement, au salarié protégé dont l'autorisation de transfert a été annulée, ces deux situations étant en effet voisines (Soc., 13 janvier 2009, *Bull.* 2009, V, n° 8, pourvoi n° 06-46.364).

Brève réflexion sur les contours de la vulnérabilité du stagiaire en entreprise

Devenu désormais aujourd'hui le principal outil de validation d'une formation de niveau élevé, le stage en entreprise s'est fort développé ces dernières années. De période provisoire et accessoire, il est devenu, pour un nombre croissant de jeunes, un passage long et « par défaut », faisant naître chez ces jeunes des inquiétudes grandissantes sur la précarité de leur situation.

La mobilisation de différents acteurs (notamment les organisations étudiantes et patronales, les établissements scolaires et d'enseignement supérieur, le législateur et le gouvernement) nous amène à nous interroger, d'une part, sur le régime juridique prenant en compte l'état de vulnérabilité du stagiaire (1.) et, d'autre part, sur l'intervention du juge dans le contrôle de la situation de fragilité du stagiaire (2.).

1. L'ÉTAT DE VULNÉRABILITÉ DU STAGIAIRE SAISI PAR LES TEXTES³³⁷

Le développement des stages en entreprise (notamment les entreprises privées, les associations ou encore les établissements publics à caractère industriel et commercial), au cours de ces dernières années, a mis en exergue la situation de précarité³³⁸ et d'insécurité juridique dans laquelle se trouvait un bon nombre d'élèves et d'étudiants faisant un stage en entreprise.

Avant 2006, une certaine imprécision sur le contenu du stage que l'élève ou l'étudiant devait³³⁹ ou pouvaient faire était constatée. De même, le statut attaché de fait au stagiaire n'avait pas encore suffisamment mûri.

L'imprécision et l'immaturation dans l'encadrement du stage laissaient le stagiaire dans une situation qui pouvait, lorsque le stage se prolongeait, confiner au dénuement.

Cette carence des textes, qui s'était installée dans les relations stagiaire/entreprise d'accueil, favorisait évidemment l'état de faiblesse du stagiaire.

337. Cf. également, concernant notamment les stages dans les administrations publiques et établissements publics de l'État ne présentant pas un caractère industriel et commercial : décret n° 2009-885 du 21 juillet 2009, circulaire du 23 juillet 2009 (NOR : BCFF0917352C) et circulaire du 4 novembre 2009 (NOR : IOCB0923128C).

338. En ce sens P. Delvigne, « Du meilleur usage du stage en entreprise », *Semaine sociale Lamy* du 21 novembre 1994, n° 720, p. 3 et s., qui soulignait que : « L'image du stage est devenue plus floue aux yeux de beaucoup, marquée négativement du sceau de la précarité. »

339. Certains stages sont imposés dans le cadre des formations.

L'absence ou, à tout le moins, l'insuffisance de l'encadrement juridique du stage ainsi que celle du statut du stagiaire plaçaient ce dernier dans une situation d'insécurité juridique et le rendaient ainsi vulnérable.

Progressivement, des textes sont apparus pour fixer à la fois un véritable statut au profit du stagiaire (1.1.) et un encadrement pour la réalisation du stage (1.2.)

1.1. La construction progressive d'un statut juridique

En réponse à cette vulnérabilité, il a été décidé, dans un premier temps, d'établir une charte des stages étudiants en entreprise le 26 avril 2006 afin de poser les fondations du régime applicable aux stagiaires.

Cette charte, cependant, n'avait évidemment aucune valeur obligatoire.

L'intervention du législateur a été nécessaire et, dans la loi du 31 mars 2006 relative à l'égalité des chances, il a été précisé que : « Les stages en entreprise ne relevant ni des dispositions de l'article L. 211-1 [*devenu les articles L. 4153-1 et suivants*] du code du travail, ni de la formation professionnelle continue telle que définie par [*l'ancien*] livre IX du même code font l'objet entre le stagiaire, l'entreprise d'accueil et l'établissement d'enseignement d'une convention dont les modalités sont déterminées par décret. Ces stages, à l'exception de ceux qui sont intégrés à un cursus pédagogique, ont une durée initiale ou cumulée, en cas de renouvellement, qui ne peut excéder six mois. Lorsque la durée du stage est supérieure à trois mois consécutifs, celui-ci fait l'objet d'une gratification dont le montant peut être fixé par convention de branche ou par accord professionnel étendu ou, à défaut, par décret. Cette gratification n'a pas le caractère d'un salaire au sens de l'article L. 140-2 [*devenu l'article L. 3221-3*] du même code³⁴⁰. »

Cette loi est venue élaborer un régime commun pour tous les stages en entreprise concernés.

Il convient de faire remarquer que le législateur a refusé d'établir un régime distinct selon la nature – obligatoire ou facultative – du stage³⁴¹.

Ce régime unique se comprend afin d'éviter que des droits et garanties soient reconnus à la première catégorie de stagiaires et non à la seconde placée dans une situation comparable.

Ainsi sont précisés dans cette loi l'exigence d'un support écrit préalable à la réalisation du stage, la durée limitée du stage – lorsqu'il n'est pas intégré à un cursus pédagogique – afin d'éviter le recours à un stagiaire sur une période jugée excessive et, enfin, l'octroi d'une gratification au stagiaire lorsque la durée de son stage est supérieure à trois mois consécutifs³⁴².

340. Article 9 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances qui a été récemment modifié par la loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie.

341. Auparavant, les stages facultatifs pouvaient être faits sans support écrit.

342. La loi n° 2009-1437 du 24 novembre précitée a modifié ces dispositions.

Plusieurs décrets ont mis en application ces dispositions.

Le décret du 29 août 2006³⁴³ a permis de mieux encadrer les stages concernés et ses prescriptions seront étudiées dans les développements suivants.

De même, le décret du 31 janvier 2008 relatif à la gratification et au suivi des stages en entreprise³⁴⁴ précise le montant de la gratification versée au stagiaire faisant un stage d'une durée supérieure à trois mois³⁴⁵ ainsi que les modalités de son versement.

Par une loi très récente du 24 novembre 2009³⁴⁶, le législateur est venu modifier l'article 9 de la loi du 31 mars 2006, précisant désormais que : « [L]es stages [concernés] sont intégrés à un cursus pédagogique, selon des modalités définies par décret³⁴⁷. »

Le législateur a également souhaité modifier la durée des stages déclenchant l'octroi d'une gratification au bénéfice du stagiaire, en réduisant cette durée de trois à deux mois³⁴⁸.

Ces différents textes ont ainsi accordé expressément aux stagiaires une protection minimale afin de lutter contre les abus dont ils pourraient être victimes.

1.2. L'exigence d'un formalisme comme remède à l'insécurité juridique

L'absence d'obligation pour les employeurs de faire connaître par avance aux stagiaires les éléments essentiels concernant la réalisation de leur stage plaçait ces derniers en situation d'insécurité juridique.

Les nouveaux textes prévoient désormais l'obligation qu'une convention de stage soit signée entre le stagiaire, l'entreprise d'accueil et l'établissement d'enseignement. Un tel écrit sécurise cette relation tripartite.

À cet égard, il convient de rappeler que, par analogie avec le droit du travail, le législateur a souhaité que les contrats dans lesquels le salarié se trouve dans une situation de vulnérabilité soient conclus par écrit, notamment les contrats de travail à durée déterminée³⁴⁹,

343. Décret n° 2006-1093 du 29 août 2006.

344. Décret n° 2008-96 du 31 janvier 2008.

345. Cette durée a été modifiée par l'article 30 2° de la loi n° 2009-1437 précitée : « L'article 9 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances est ainsi modifié : [...] 2° À la première phrase du second alinéa, le mot : "trois" est remplacé par le mot : "deux". »

346. Loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 précitée.

347. Lors de la rédaction de cette contribution, aucun décret n'avait encore été pris.

348. Article 30 2° de la loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 précitée. Il convient de souligner la volonté du législateur d'harmoniser la durée des stages en entreprise – permettant l'octroi d'une gratification au bénéfice du stagiaire – sur le régime applicable depuis peu aux stagiaires des administrations publiques et établissements publics de l'État ne présentant pas un caractère industriel et commercial : décret n° 2009-885 du 21 juillet 2009, circulaire du 23 juillet 2009 (NOR : BCFF0917352C) et circulaire du 4 novembre 2009 (NOR : IOCB0923128C).

349. Article L. 1242-12 du code du travail.

les contrats de travail temporaire³⁵⁰, les contrats de travail à temps partiel³⁵¹, les contrats d'apprentissage³⁵² et les contrats de professionnalisation³⁵³, sans lister encore les différents types de contrats de travail aidés.

À l'instar de certaines mentions devant figurer dans un contrat à durée déterminée³⁵⁴, la convention de stage doit comporter différentes clauses³⁵⁵ de nature à éclairer le stagiaire sur les modalités de la réalisation de son stage ainsi que sur ses droits et obligations.

À cette convention de stage est également annexée la charte des stages étudiants en entreprise du 26 avril 2006³⁵⁶ dont l'intégralité du contenu n'a été reprise ni par un texte législatif ni par un texte réglementaire.

Parallèlement aux interventions législatives, la jurisprudence a tenté de limiter les abus dont peuvent être victimes les stagiaires.

2. L'INTERVENTION DU JUGE DANS LE CONTRÔLE DE LA QUALIFICATION DE « STAGE »

Il convient d'insister sur la finalité particulière du stage en entreprise. L'article 2 de la charte des stages étudiants en entreprise précise que : « La finalité du stage s'inscrit dans un projet pédagogique et n'a de sens que par rapport à ce projet. Dès lors, le stage :

- permet la mise en pratique des connaissances en milieu professionnel ;
- facilite le passage du monde de l'enseignement supérieur à celui de l'entreprise.

Le stage ne peut en aucun cas être assimilé à un emploi. »

Cette définition du stage au regard de sa finalité a été complétée par l'article 6 du décret du 29 août 2006 qui prescrit qu'« aucune convention de stage ne peut être conclue pour remplacer un salarié en cas d'absence, de suspension de son contrat de travail ou de licenciement, pour exécuter une tâche régulière correspondant à un poste de travail permanent, pour faire face à un accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise, pour occuper un emploi saisonnier ».

Ces précisions apportent un cadre permettant de vérifier la qualification juridique de « stage ».

350. Article L. 1251-16 du code du travail.

351. Article L. 3123-14 du code du travail.

352. Article L. 6222-4 du code du travail.

353. Article L. 6325-5 du code du travail.

354. Article L. 1242-12 du code du travail.

355. Article 3 du décret n° 2006-1093 précité.

356. Charte précitée.

Le stagiaire n'est, en principe, pas titulaire d'un contrat de travail (2.1.), mais la voie de la requalification de la période de stage lui est ouverte (2.2.).

2.1. Une distinction indispensable : travail salarié et simple période de mise en pratique de connaissances acquises par l'élève ou l'étudiant

Depuis un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 13 novembre 1996, « le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné » (Soc., 13 novembre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 386, pourvoi n° 94-13.187).

La situation de travail salarié est ainsi prouvée par l'existence d'un lien de subordination. Le salarié exécute, sous la subordination de son employeur, une prestation de travail.

En matière de stages réalisés en entreprise, la chambre sociale a, dans un premier temps, été amenée à considérer que « l'accomplissement de tâches professionnelles sous l'autorité de l'entreprise d'accueil n'est pas de nature à exclure la mise en œuvre d'une convention de stage en entreprise » (Soc., 17 octobre 2000, *Bull.* 2000, V, 2000, n° 336, pourvoi n° 98-40.986).

Dans un second temps, la chambre sociale a précisé sa jurisprudence en estimant qu'une convention de stage « implique nécessairement l'accomplissement de tâches professionnelles sous l'autorité fonctionnelle de l'entreprise d'accueil » (Soc., 4 octobre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 153, pourvoi n° 06-44.106).

Une telle solution a le mérite de garantir aux élèves et étudiants stagiaires la mise en pratique de connaissances qu'ils ont acquises par l'accomplissement de tâches professionnelles confiées par l'entreprise d'accueil³⁵⁷.

Ces tâches professionnelles doivent, à titre principal, être en lien avec les connaissances acquises par l'élève ou l'étudiant qui a souhaité les mettre en œuvre. En pratique, cependant, le stagiaire ne peut pas refuser d'accomplir tout ou partie des « tâches » qui lui auront été confiées par l'entreprise d'accueil même si celles-ci ne relèvent pas, à l'évidence, d'une mise en pratique de ses connaissances spécifiques, et ce d'autant moins que le stagiaire dépend de l'entreprise non par un lien de subordination au sens classique du droit du travail, mais en raison de la notation qui lui sera remise à son départ.

L'utilisation du stagiaire à des fins autres que celles de lui permettre d'acquérir une expérience professionnelle en lien avec sa formation est toutefois limitée par la Cour de cassation.

357. Cf. en ce sens l'article de Franck Petit, « La convention de stage comme technique d'accompagnement vers l'emploi », *Dr. social*, novembre 2007, n° 11.

2.2. La faculté de requalifier une période de « stage » en un contrat de travail³⁵⁸

Par un arrêt du 27 octobre 1993, la chambre sociale de la Cour de cassation a considéré que « la volonté des parties [*était*] impuissante à les soustraire au statut social qui découle des conditions d'accomplissement des tâches par le stagiaire dans l'entreprise » (Soc., 27 octobre 1993, pourvoi n° 90-42.620).

Par la suite, la chambre sociale est venue renforcer cette solution en précisant que le stagiaire était nécessairement soumis à l'autorité fonctionnelle de l'entreprise d'accueil³⁵⁹.

L'exigence du formalisme entourant la période de stage conduit et conduira³⁶⁰ la chambre sociale à en apprécier le respect par l'entreprise d'accueil. En cas de non-respect, la voie de la requalification sera utilisée. À cet égard, le conseil de prud'hommes est compétent pour statuer sur une demande de requalification d'une période de stage en contrat de travail.

L'« entreprise d'accueil » qui invoque une période de « stage » à l'encontre de son « stagiaire » ayant saisi le juge d'une demande en requalification devra rapporter la preuve de son existence, et, à défaut, le juge prononcera la requalification de cette période litigieuse en contrat de travail (Soc., 12 février 1997, pourvoi n° 94-41.483).

En revanche, la chambre sociale de la Cour de cassation a refusé la requalification du stage dont la durée avait été dépassée en considérant que « le dépassement du terme décidé d'un commun accord entre les parties ne modifiait pas le rapport fondamental de maître à élève » (Soc., 14 novembre 2000, pourvoi n° 98-42.551).

Cette jurisprudence pourrait évoluer compte tenu du formalisme désormais prévu par les nouveaux textes.

Au final, un compromis semble avoir été trouvé entre la situation de précarité résultant du statut de stagiaire et l'encadrement des stages en entreprise, et ce dans le sens d'une plus grande sécurité juridique permettant de préserver la confiance des stagiaires dans cette institution largement développée aujourd'hui.

358. Cf. notamment l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui sanctionne le recours abusif au stage par le délit d'obtention abusive, de la part d'une personne vulnérable ou en situation de dépendance, de services non rétribués ou insuffisamment rétribués : Crim., 3 décembre 2002, *Bull. crim.* 2002, n° 215, pourvoi n° 02-81.453.

359. Cf. Soc., 4 octobre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 153, pourvoi n° 06-44.106, précité.

360. En raison du faible contentieux déjà traité.



VI

**Contribution
de la chambre
criminelle de la
Cour de cassation**

Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la chambre criminelle

En matière pénale, la vulnérabilité peut revêtir plusieurs aspects.

Elle peut tout d'abord être prise en compte par le droit pénal spécial, soit comme élément constitutif ou condition préalable d'une infraction, soit comme circonstance aggravante. La vulnérabilité est alors celle de la victime.

Des décisions de la chambre criminelle de la Cour de cassation se dégagent quelques traits saillants relatifs à la caractérisation de la vulnérabilité qui peut présenter des situations variées selon qu'il s'agit d'un état permanent ou passager, apparent ou non, tenant aussi bien à l'état physique, psychique ou psychologique de la victime, ou à sa situation sociale ou économique.

Ce premier aspect sera examiné sous l'intitulé « La vulnérabilité de la victime ».

La chambre criminelle a eu également à apprécier le comportement de l'auteur présumé de l'infraction qui abuse ou profite de l'état de faiblesse de la victime de manière préjudiciable à cette dernière, et dont l'intention coupable doit être démontrée.

Par ailleurs, la déficience de la victime peut également être une source de devoirs aux manquements desquels la loi pénale attache une sanction.

Cela fera l'objet d'une deuxième partie consacrée au comportement de l'auteur et à ses conséquences.

Elle peut enfin être appréhendée comme l'état d'infériorité dans lequel se trouve le citoyen auquel la justice demande des comptes, et qui justifie que des règles particulières soient posées afin de garantir à l'intéressé l'exercice de ses droits et tout particulièrement les droits de la défense; c'est l'un des objets de la procédure pénale.

Il ne saurait ici être traité d'un sujet si vaste qui n'entre pas strictement dans le thème choisi, cette vulnérabilité à l'état de postulat n'étant que supposée et non caractérisée. En revanche, diverses dispositions procédurales sont en rapport direct avec un état de vulnérabilité particulière. Elles seront l'objet de la dernière partie.

1. LA VULNÉRABILITÉ DE LA VICTIME

Cet état peut résulter de la minorité mais également d'une déficience physique ou psychique, prolongée ou permanente, ou encore d'une situation de faiblesse économique ou sociale résultant de circonstances défavorables.

1.1. La vulnérabilité liée à l'état physique ou psychique de la personne

1.1.1. L'abus frauduleux de l'état de faiblesse

Déjà, sous l'empire de l'ancien code pénal, le législateur avait pris en compte la nécessité d'assurer une certaine protection des personnes les plus vulnérables, mais de manière restreinte, en la cantonnant essentiellement à une infraction proche de l'abus de confiance destinée à protéger le patrimoine du mineur (article 410 du code de 1810)³⁶¹, avant que le nouveau code pénal ne réprime plus spécifiquement, par son article 313-4, l'abus de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse s'appliquant cette fois non plus au seul mineur, mais aussi à la personne majeure.

De nombreux arrêts, dont la validité reste entière aujourd'hui, ont été rendus par la chambre criminelle quant à cette infraction dont le champ a été encore étendu par le nouveau code pénal à la suite de la loi du 12 juin 2001 par laquelle le Parlement a entendu mieux assurer cette protection, en prenant en compte le rôle et la responsabilité des personnes morales, permettant ainsi la lutte contre les mouvements sectaires.

L'article 223-15-2 du code pénal incrimine désormais l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement.

La Cour de cassation a affirmé que le nouvel article 223-15-2 constituait une disposition de droit pénal plus sévère que l'ancien article 313-4.

Elle a ainsi censuré une cour d'appel qui avait appliqué les nouvelles dispositions à des faits commis en avril et mai 2001, faisant ainsi rétroagir un texte qui, en modifiant les éléments constitutifs de l'infraction par la suppression de la condition de contrainte, étend le champ d'application de l'incrimination (Crim., 23 juin 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 131, pourvoi n° 08-82.411).

Signalons cependant que la chambre criminelle ne s'est pas encore prononcée sur l'application de la loi du 12 mai 2009 en ce qu'elle a remplacé, s'agissant de la vulnérabilité, l'expression « apparente et connue » par « apparente ou connue ».

La notion, extensive, de vulnérabilité est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation se bornant à vérifier que leur motivation est exempte d'insuffisance comme de contradiction.

361. Cf. *J.-Cl. Pénal*, articles 223-15-2 à 223-15-4, fasc. 20, par P. Salvage.

Elle recouvre des situations diverses, étant observé qu'elle peut être retenue ou écartée indépendamment de l'existence ou de l'absence d'un régime de protection.

À titre d'illustration, ont été considérées comme particulièrement vulnérables, au sens de l'article 223-15-2 :

- une personne âgée placée sous tutelle en raison de l'altération de ses facultés mentales la mettant dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts, qui, en état de grande détresse, se livre à des achats compulsifs (Crim., 15 octobre 2002, pourvoi n° 01-86.697) ;
- celle qui, ayant plus de 86 ans, est placée dans un état de solitude affective et d'ignorance en matière juridique et financière, révélée par la confusion entre anciens et nouveaux francs, et qui fait l'objet de sujétion psychologique résultant de pressions réitérées propres à altérer son jugement (Crim., 21 février 2006, pourvoi n° 05-85.865).

À l'inverse, une cour d'appel a pu considérer qu'une personne âgée de 78 ans, affaiblie par une intervention chirurgicale suivie d'un lourd traitement médical, et qui avait été placée sous sauvegarde de justice puis sous curatelle, ne se trouvait pas dans une situation de faiblesse et de particulière vulnérabilité, au regard des témoignages médicaux et du caractère tardif des mesures de protection prises en sa faveur (Crim., 16 novembre 2004, pourvoi n° 03-87.968).

Il importe que l'état de faiblesse ou de vulnérabilité dont l'abus est sanctionné soit pris en compte au moment où est accompli l'acte préjudiciable.

C'est ainsi que ne pouvait échapper à la censure un arrêt de relaxe d'une prévenue à qui il était reproché d'avoir abusé frauduleusement de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne atteinte de troubles neurologiques en obtenant lors de ses visites à l'hôpital la remise de plusieurs chèques d'un montant total de 120 000 euros ainsi que le consentement à un mariage, les juges du fond ayant estimé que les libéralités consenties correspondaient à une volonté préalablement affirmée de la victime qui avait également manifesté, avant sa maladie, le souhait d'épouser la prévenue, alors qu'ils auraient dû apprécier l'abus de faiblesse au regard de l'état de particulière vulnérabilité de la victime au moment où étaient accomplis les actes qui lui étaient gravement préjudiciables (Crim., 26 mai 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 104, pourvoi n° 08-85.601).

L'abus de faiblesse fait également l'objet d'une autre incrimination prévue par le droit de la consommation.

1.1.2. L'abus de faiblesse dans le droit de la consommation

La loi du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile a incriminé l'abus de faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements pris ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre d'y souscrire, ou lorsqu'elle font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte.

Cette infraction, codifiée sous l'article L. 122-8 du code de la consommation, a été peu soumise à la chambre criminelle alors que les juridictions du fond, après l'avoir ignorée pendant une dizaine d'années, en ont fait une application relativement fréquente.

Deux lectures de cet article semblent possibles.

La première subordonne l'existence du délit à l'existence d'un état de faiblesse ou d'ignorance de la victime, abstraction faite des circonstances dans lesquelles elle a souscrit ses engagements. Ainsi seules pourraient être victimes de l'infraction les personnes très âgées ou très jeunes, les handicapés mentaux, les malades ou les analphabètes par exemple, dont l'état révèle, en lui-même, une situation de faiblesse ou d'ignorance.

Selon une seconde lecture, la vulnérabilité de la victime est révélée par les circonstances de la cause et elle se manifeste dans l'un des trois cas de figure énumérés dans la dernière partie du texte : la personne n'a pas été en mesure d'apprécier la portée de ses engagements, de déceler les ruses ou artifices du démarcheur ou elle a subi une contrainte.

Dans cette optique, c'est l'ensemble du texte qu'il convient de prendre en compte.

Si les caractéristiques physiques ou sociales d'une personne font apparaître qu'elle est faible ou ignorante, cela ne suffit pas. Si elles ne démontrent pas cet état, cela n'exclut pas pour autant l'existence du délit.

Et c'est ce qui semble ressortir des quelques arrêts rendus par la chambre en la matière.

Ainsi, dans un arrêt du 26 février 1979 (*Bull. crim.* 1979, n° 85, pourvoi n° 78-92.285), la chambre a approuvé une décision ayant retenu la culpabilité du directeur d'une agence matrimoniale du chef d'abus de faiblesse au motif que : « parmi les adhérents [...], certaines personnes n'ont pas été en état de mesurer la portée des engagements qu'elles prenaient et ainsi, le prévenu, ayant abusé de leur faiblesse ou de leur ignorance, s'est rendu coupable de l'infraction énoncée à l'article 7 de la loi ».

Pourtant les juges du fond ne s'étaient pas livrés à une description objective de l'état de faiblesse ou d'ignorance préalable des victimes, lequel s'est révélé à l'occasion du démarchage.

Le 19 février 1997 (*Bull. crim.* 1997, n° 70, pourvoi n° 95-82.762), la chambre criminelle a censuré un arrêt qui avait sanctionné le gérant d'une société qui commercialisait des services de porcelaine pour avoir « mis en scène » des ventes par le biais d'expositions dans les hôtels et la remise de cadeaux aux clients, sans lesquelles ceux-ci n'auraient pas consenti.

De même, l'arrêt du 18 mai 1999 (pourvoi n° 97-85.979) a cassé une décision d'une cour d'appel qui avait condamné pour abus de faiblesse le commerçant qui organisait des ventes de services de porcelaine à des clients sélectionnés par démarchage téléphonique, lors d'expositions avec promesse de cadeaux et organisation de jeux.

Dans les deux cas, les cours d'appel s'étaient contentées de stigmatiser les procédés utilisés par les vendeurs mais sans démontrer en quoi ceux-ci révélaient la vulnérabilité des clients.

Or la chambre a rappelé, dans ce dernier arrêt, que « le délit d'abus de faiblesse [...] suppose pour être caractérisé, l'existence d'un état de faiblesse ou d'ignorance de la victime,

préalable à la sollicitation et indépendant des circonstances dans lesquelles elle a été placée pour souscrire l'engagement ».

Autrement dit, les circonstances dans lesquelles se produit le démarchage ne doivent pas provoquer l'état de faiblesse mais le révéler.

Le commerçant peut donc user de ruses ou d'artifices pour convaincre ses clients, car il s'agit de procédés inhérents à la pratique du commerce, mais, s'il est démontré que le consommateur, compte tenu de sa vulnérabilité, n'a pu en déceler l'existence et faire la part des choses, le comportement du vendeur devient condamnable.

Ainsi, postérieurement, la chambre a approuvé les juges qui avaient relevé que les prévenus avaient profité de la solitude et de l'affaiblissement des facultés de la victime (Crim., 26 octobre 1999, *Bull. crim.* 1999, n° 232, pourvoi n° 98-86.014).

Puis, dans un arrêt du 1^{er} février 2000, qui est dans l'axe de celui du 26 février 1979, elle a considéré qu'avait été victime d'un abus de faiblesse une « femme, âgée de 78 ans, isolée par son veuvage et soumise pendant la journée entière passée dans les locaux du restaurant [où avait été organisée une excursion commerciale] à la pression d'arguments publicitaires [...] » (Crim., 1^{er} février 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 52, pourvoi n° 99-84.378)³⁶².

Cette jurisprudence a été confirmée le 19 avril 2005 (*Bull. crim.* 2005, n° 138, pourvoi n° 04-83.902), par un arrêt rejetant le pourvoi d'un prévenu, les juges du fond ayant démontré, après avoir dépeint la situation de fragilité de la victime, préalable au démarchage, que celle-ci n'avait pas été en mesure d'apprécier la portée de ses engagements ; en l'espèce, la personne, âgée de 74 ans au moment des faits, avait acheté deux systèmes d'alarme parfaitement inutiles et surtout d'un montant disproportionné par rapport à ses revenus puisqu'elle avait signé des offres de crédit dont les mensualités représentaient le tiers de son budget.

1.1.3. La vulnérabilité comme circonstance aggravante

Outre ces infractions spécifiques, la vulnérabilité est prise en compte au travers de circonstances aggravantes d'autres incriminations.

Elle est alors définie, de façon invariable, comme l'état de faiblesse de la victime dû à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à la grossesse.

Elle aggrave les peines prévues en répression de nombreuses infractions commises, d'une part, contre la personne, telles que les tortures et actes de barbarie (article 222-3 du code pénal), le meurtre (article 221-4), les coups mortels (article 222-8), le viol (article 222-24), l'agression sexuelle (article 222-29), la prostitution (article 225-12-1), les violences, habituelles ou non (articles 222-13 et 222-14), et, d'autre part, contre les biens, comme le vol (311-4), l'escroquerie (313-2) et l'extorsion (312-2).

362. Cf. *Dr. pénal* 2000, n° 59 (obs. J.-H. Robert) et *D.* 2000 act. jur., p. 198 (obs. C. Rondey).

La chambre criminelle exerce, là encore, à l'égard de la motivation des juges du fond, un contrôle restreint, considérant que l'appréciation de cette circonstance relève de leur pouvoir souverain.

L'arrêt du 12 janvier 2000 (pourvoi n° 99-82.409) en offre un exemple topique, en ce qu'il rejette un pourvoi formé contre un arrêt ayant retenu, à l'inverse des conclusions des rapports d'expertise, la vulnérabilité d'une victime de violences, qui, détentrice d'une carte d'invalidité à 80 %, présentait un état de faiblesse physique et de fragilité psychologique.

Une autre décision relative à une jeune femme victime d'agressions sexuelles aggravées alors qu'elle était enceinte, qu'elle souffrait de séquelles psychiques et qu'elle était en hypnose légère ou à tout le moins en état d'infériorité vis-à-vis de l'auteur, qui se prétendait thérapeute, illustre cette jurisprudence (Crim., 19 juin 2007, pourvoi n° 06-85.303).

La vulnérabilité ne se limite pas à une déficience psychique ou physique.

1.2. La vulnérabilité économique et sociale

1.2.1. La soumission à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine

La loi du 22 juillet 1992 a introduit deux nouvelles incriminations dans le code pénal tendant à protéger des personnes placées en situation de dépendance, en particulier économique, et soumises à des conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité humaine.

Dans leurs rédactions issues de la loi du 18 mars 2003, les articles 225-13 et 225-14 incriminent respectivement « le fait d'obtenir d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de leur auteur, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli » et le fait de soumettre celle-ci « à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine ».

L'article 225-5-1, instauré par le nouveau code pénal, édicte une présomption de vulnérabilité lorsque les personnes concernées sont soit des mineurs, soit des personnes nouvellement arrivées sur le territoire national.

Selon la circulaire du 14 mai 1993, ce dispositif a pour objet de « sanctionner plus sévèrement les marchands de sommeil et autres personnes exploitant des travailleurs immigrés en situation irrégulière », même si « ces incriminations protègent, de façon générale, toutes les personnes vulnérables en situation de dépendance ».

La chambre criminelle s'est prononcée à plusieurs reprises sur la notion de vulnérabilité au regard de textes précités.

Elle a cassé, pour défaut de base légale, un arrêt ayant relaxé des prévenus qui avaient employé et logé à leur domicile une jeune ressortissante togolaise depuis l'âge de 16 ans, les juges du second degré ayant retenu que l'état de vulnérabilité ne pouvait résulter de la seule

extranéité de l'intéressée, tout en relevant que celle-ci était une mineure étrangère, dépourvue de titre de séjour ou de travail et sans ressources (Crim., 11 décembre 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 256, pourvoi n° 00-87.280).

Cette jurisprudence a été confirmée à l'occasion d'une affaire similaire concernant une jeune fille mineure étrangère, éloignée de son pays et de ses parents, non scolarisée, sans ressources et sans papiers, ces derniers ayant été conservés par la prévenue (Crim., 13 janvier 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 9, pourvoi n° 08-80.787).

La situation irrégulière d'un étranger a également été reconnue comme plaçant la victime dans une situation de dépendance (Crim., 11 février 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 53, pourvoi n° 96-84.997).

Ces décisions appliquent à la lettre les articles 225-13 et 225-14 du code pénal.

Mais la chambre a adopté une interprétation plus extensive de ces textes, en considérant que des salariés sont dans une situation de dépendance vis-à-vis de leurs employeurs lorsque des circonstances rendent leur condition particulièrement précaire.

Ainsi, elle a censuré des juges d'appel qui avaient estimé que des salariés, de nationalité française et titulaires d'un contrat de travail, ne pouvaient se trouver « dans une situation de dépendance ou de vulnérabilité vis-à-vis de leur employeur, même si la conjoncture économique rendait leur choix de rompre le contrat plus difficile et même si certains étaient plus fragiles » (Crim., 23 avril 2003, *Bull. crim.* 2003, n° 85, pourvoi n° 02-82.971).

En revanche, elle a approuvé des juges du fond qui ont considéré que des salariés étaient dans une « situation de vulnérabilité sociale et économique résultant de leur absence de qualification et de la situation particulièrement difficile de l'emploi en milieu rural particulièrement dans le milieu de la confection » (Crim., 4 mars 2003, *Bull. crim.* 2003, n° 58, pourvoi n° 02-82.194) et que des stagiaires étaient dans une situation de dépendance « en raison, notamment, du caractère obligatoire de leur stage pour l'obtention du brevet de technicien supérieur ».

1.2.2. Le problème particulier de la détention

Un pourvoi a posé la question de savoir si l'article 225-14 pouvait s'appliquer à une situation d'hébergement forcé résultant d'une détention.

Au cas d'espèce, une personne détenue pendant quatre ans dans une maison d'arrêt avait obtenu du juge des référés du tribunal administratif deux expertises qui avaient conclu, affirmait-elle, à l'existence de conditions de détention incompatibles avec la dignité humaine en raison de la surpopulation carcérale, de l'absence d'hygiène et de l'insalubrité; cette personne avait ensuite porté plainte et s'était constituée partie civile devant le juge d'instruction pour infraction à l'article 225-14 du code pénal.

Pour confirmer l'ordonnance de refus d'informer, la chambre de l'instruction avait, notamment, considéré que les dispositions de l'article 225-14 du code pénal, d'interprétation stricte, réprimant le fait de soumettre une personne à des conditions d'hébergement incompatibles

avec la dignité humaine, induisaient comme contrepartie à l'hébergement une forme d'exploitation de la personne hébergée en vue d'un enrichissement de l'exploitant des lieux, ce qui excluait la situation du détenu en milieu carcéral.

Le moyen s'élevait contre une telle interprétation en soutenant que l'article 225-14 du code pénal, s'il entendait protéger avant tout les travailleurs contre les conditions indignes de travail ou d'hébergement, n'excluait pas les cas d'hébergement forcé résultant de la décision d'une autorité légitime, sauf pour le juge à distinguer là où la loi ne le faisait pas.

La chambre criminelle a rejeté le pourvoi en précisant que les faits dénoncés n'entraient pas dans les prévisions de l'article 225-14 du code pénal et ne pouvaient admettre aucune qualification pénale, la chambre de l'instruction ayant, dès lors, justifié sa décision au regard de l'article 86 du code de procédure pénale. Elle n'a pas contesté que la personne détenue pouvait être considérée comme une personne vulnérable ainsi que cela résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 16 octobre 2008, *Renolde c. France*, requête n° 5608/05).

La chambre criminelle a ainsi entendu s'en tenir à une interprétation stricte de la loi pénale commandée par l'article 111-4 du code pénal, l'examen des travaux préparatoires comme de la doctrine ne laissant aucun doute sur le fait que l'article 225-14 du code pénal vise ceux qui, dans le langage courant, sont désignés comme des marchands de sommeil.

1.2.3. Le démarchage à l'occasion d'obsèques

La vulnérabilité peut également résulter de circonstances personnelles douloureuses telles que le décès d'un proche.

C'est pourquoi l'article L. 2223-33 du code général des collectivités territoriales, issu de la loi n° 93-23 du 8 janvier 1993 modifiant le titre VI du livre VII du code des communes, relative à la législation dans le domaine funéraire, dispose qu'« à l'exception des formules de financement d'obsèques, sont interdites les offres de service faites à l'occasion ou en prévision d'obsèques en vue d'obtenir ou de faire obtenir, soit directement, soit à titre d'intermédiaire, la commande de fournitures ou de prestations liées à un décès. Sont interdites les démarches à domicile, ainsi que toutes les démarches effectuées dans le même but sur la voie publique ou dans un lieu ou édifice public ou ouvert au public ».

La chambre criminelle, par deux arrêts successifs, a précisé la portée de cette disposition.

Dans un premier arrêt, elle a jugé que cet article ne fixait pas de limite temporelle à la prohibition édictée et qu'un démarcheur de marbrerie funéraire qui s'était présenté au domicile de parents, un mois puis neuf mois après les obsèques de leur fils, pour leur proposer les services de l'entreprise, devait être déclaré coupable d'infraction à la législation sur les opérations funéraires (Crim., 27 juin 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 197, pourvoi n° 05-85.627).

Dans une seconde décision, elle a considéré que l'interdiction spécifique de démarchage funéraire n'était pas limitée aux visites spontanées des démarcheurs, dès lors que

l'article L. 2223-33 ne distinguait pas selon que la visite était, ou non, faite à la demande du client éventuel.

Elle a ainsi écarté les pourvois formés par un assistant funéraire et par son employeur reconnus coupables de démarchage à l'occasion d'obsèques en vue d'obtenir la commande de fournitures ou de prestations liées à un décès, le premier s'étant rendu, à la demande d'une personne qui avait perdu son mari pendant la nuit, au domicile de celle-ci pour lui faire signer un devis et se faire remettre un chèque à titre d'acompte (Crim., 13 février 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 40, pourvoi n° 06-85.076).

2. LE COMPORTEMENT DE L'AUTEUR ET SES CONSÉQUENCES

2.1. Les agissements tendant à profiter de la vulnérabilité d'autrui

2.1.1. L'abus et le préjudice au travers des infractions spécifiques

L'objet des lois répressives, et de la jurisprudence qui les applique, est de sanctionner celui qui, intentionnellement, profite de la moindre résistance d'une personne et lui porte préjudice.

2.1.1.1. L'abus intentionnel

L'élément intentionnel résulte de la connaissance que le prévenu a de la fragilité de la victime.

Si certains textes l'exigent implicitement (article L. 2223-33 du code général des collectivités territoriales), ceux qui prévoient et répriment les infractions spécifiques à l'abus de la vulnérabilité imposent que la vulnérabilité soit « apparente ou connue » de l'auteur (221-4, 222-3, 222-8, 222-13, 222-29, 222-24, 225-12-1, 225-13, 225-14, 311-4, 313-2 du code pénal) y compris, depuis la loi du 12 mai 2009, l'article 223-15-2 relatif à l'abus de faiblesse qui exigeait jusqu'à présent le cumul de l'apparence et de la connaissance.

Il appartient aux juges du fond de le relever sous peine de censure (Crim., 3 septembre 2002, pourvoi n° 01-86.948 et Crim., 8 janvier 2008, pourvoi n° 07-84.317).

La notion même d'abus est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, selon une position ancienne (Crim., 14 mai 1880), la chambre criminelle n'exerçant alors qu'un contrôle restreint portant en particulier sur la mise en évidence, par les juridictions du fond, des éléments leur ayant permis de caractériser l'abus, élément qui se déduit d'un ensemble de circonstances.

Par exemple, dans un arrêt du 15 octobre 2002 (pourvoi n° 01-86.697), la chambre criminelle a rejeté un pourvoi, dans une espèce où la cour d'appel a retenu, pour dire le délit

constitué, que la victime, âgée de 72 ans, était entrée en relation avec le prévenu qui se prétendait astrologue et lui avait remis pendant trois ans, en contrepartie de ses consultations, diverses sommes d'argent d'un montant total de 89 310 francs, alors qu'après la découverte des faits la victime avait été placée sous tutelle et que, selon le certificat médical établi à cette occasion, elle présentait une altération de ses facultés mentales la mettant dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts, les juges du second degré ayant ajouté que le prévenu avait lui-même reconnu que la victime était dans un état de grande détresse et qu'elle se livrait à des achats compulsifs, et qu'il avait eu conscience de s'adresser à une personne âgée et particulièrement vulnérable.

Il en est de même en matière de protection des consommateurs.

La chambre a estimé justifiée une décision retenant, pour caractériser les éléments constitutifs du délit d'abus de faiblesse, d'une part, que les prévenus s'étaient fait remettre par la victime des bons au porteur et un contrat d'assurance et lui avaient fait signer une demande de rachat de ses bons, sans mentionner leur nombre, leur montant, ni leurs numéros, et sans lui délivrer aucun reçu, et, d'autre part, que la contrepartie offerte restait incertaine, le remboursement des valeurs n'ayant pas été demandé au nom de la victime, et, enfin, que les prévenus avaient profité de la solitude et de l'affaiblissement des facultés de la victime (Crim., 26 octobre 1999, *Bull. crim.* 1999, n° 232, pourvoi n° 98-86.014).

2.1.1.2. Le préjudice

En général, le comportement de l'auteur des faits apparaît lié aux conséquences qu'il entraîne pour la victime mais, selon les infractions concernées, le résultat peut être indifférent.

L'article 223-15-2 du code pénal exige que l'auteur de l'abus de l'ignorance ou de la faiblesse ait conduit, par ses agissements nécessairement volontaires, la victime à un acte qui lui est gravement préjudiciable.

La Cour de cassation n'exigeait pas, sous l'empire de l'ancien article 313-4 du code pénal, que la victime subisse nécessairement un préjudice, dans la mesure où le texte employait l'expression « de nature à » causer un grave préjudice (Crim., 12 janvier 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 15, pourvoi n° 99-81.057). Néanmoins, à la suite de la modification du code, l'article 223-15-2 prévoit désormais le fait de « conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables ».

Il paraîtrait logique de s'interroger sur le maintien de la jurisprudence, la chambre criminelle pouvant exiger la nécessité pour la victime de subir un préjudice. Une telle position ne ressort actuellement pas de la jurisprudence, et le texte lui-même peut sembler militer pour le *statu quo*, en ce sens que les faits incriminés doivent être accomplis « pour conduire le mineur ou (la) personne (vulnérable)... », ce qui peut laisser penser que c'est l'objectif recherché par l'auteur de l'abus et non l'abus lui-même qui doit créer le préjudice.

À cet égard, la position de la haute juridiction consiste en réalité à prendre en compte l'existence d'un préjudice qui résulte pour la victime non pas des effets à venir, juridiques ou autres, d'un acte qu'elle a été contrainte à passer, mais simplement de l'acte lui-même.

Plusieurs arrêts relatifs à des testaments illustrent cette interprétation.

Ainsi, un arrêt du 15 novembre 2005 (pourvoi n° 04-86.051) a affirmé que, « pour une personne vulnérable, l'acte de disposer de ses biens par testament en faveur de la personne qui l'a obligée à cette disposition, constitue un acte gravement préjudiciable au sens tant de l'article 313-4 ancien que de l'article 223-15-2 nouveau du code pénal ».

Puis la chambre criminelle a cassé la décision d'une cour d'appel qui avait relaxé une prévenue renvoyée devant le tribunal correctionnel pour avoir frauduleusement abusé de la situation de faiblesse d'une personne âgée de 83 ans, atteinte de la maladie d'Alzheimer et placée sous sauvegarde de justice, en obtenant qu'elle rédige à son profit un testament olographe l'instituant légataire universelle.

Les juges du fond avaient retenu qu'un testament ne prend effet qu'au décès de son auteur, qu'il ne peut porter préjudice qu'aux héritiers évincés de la succession, qu'il peut être révoqué par le testateur et être soumis à une action en nullité par les héritiers qui s'estimeraient lésés et, après avoir relevé que la victime n'avait pas d'héritiers réservataires, qu'elle n'avait jamais manifesté d'intention libérale à l'égard de quiconque et qu'elle se désintéressait de la question de sa succession, ils ont déduit que ces circonstances excluaient qu'elle se soit trouvée conduite à un acte qui lui ait été gravement préjudiciable.

La chambre a estimé qu'en prononçant ainsi la cour d'appel avait méconnu l'article L. 223-15-2 (Crim., 21 octobre 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 210, pourvoi n° 08-81.126), confirmant ainsi son interprétation antérieure, que justifie, comme l'a relevé un auteur, « la recherche de l'efficacité répressive³⁶³ ».

2.1.1.3. La réparation du préjudice

L'action civile exercée devant la juridiction pénale est soumise aux règles de droit commun relatives à la capacité, laquelle s'apprécie au jour où l'action est exercée.

La chambre criminelle a ainsi rappelé que le curateur n'avait pas le pouvoir, en cette seule qualité, de représenter le majeur en curatelle et se constituer partie civile en son nom (Crim., 14 novembre 2000, pourvoi n° 00-80.870), ni d'exercer en son nom les voies de recours (Crim., 15 avril 2008, pourvoi n° 07-86.360), le prévenu n'étant cependant pas recevable à invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation le défaut de pouvoir du curateur qui a, seul, exercé l'action civile au nom du majeur protégé (Crim., 1^{er} juin 1994, pourvoi n° 87-80.278).

Elle a également jugé que le majeur sous curatelle, à qui il avait été fait défense d'ester en justice sans l'assistance de son curateur, par application de l'article 511 du code civil, n'était pas recevable à former seul un pourvoi en cassation (Crim., 20 octobre 1997, *Bull. crim.* 1997, n° 354, pourvoi n° 97-80.051), de même qu'un majeur en tutelle, puisque celui-ci n'a pas la capacité d'agir en justice (Crim., 1^{er} mars 1983, *Bull. crim.* 1983, n° 68, pourvoi n° 82-92.270).

363. Gabriel Roujou de Boubée, *D.* 2009, chron. p. 911.

En cas de décès d'un prévenu sous tutelle, la cour régulatrice a également affirmé que l'administrateur légal de ses biens n'avait pas qualité pour agir au nom de l'incapable, seuls ses héritiers étant habilités à reprendre éventuellement l'action exercée en vue de poursuivre la réparation du préjudice subi par leur auteur (Crim., 4 juillet 1983, *Bull. crim.* 1983, n° 210, pourvoi n° 82-91.042).

En effet, le droit à réparation du préjudice éprouvé par la victime avant son décès, étant né dans son patrimoine, se transmet à ses héritiers.

Cette action se distingue de celle exercée par les tiers qui prétendent avoir subi un préjudice propre, et à qui il appartient de démontrer, en application des articles 2 et 3 du code de procédure pénale, qu'ils ont personnellement souffert du dommage causé par l'infraction.

Tel n'est pas le cas des nièces par alliance d'une victime d'un abus de faiblesse qui ont prétendu avoir subi un préjudice personnel découlant des agissements de l'auteur ayant conduit, selon elles, à une « rupture affective » avec leur tante, alors que cette « rupture » n'est pas la conséquence directe du délit poursuivi (Crim., 4 septembre 2007, pourvoi n° 06-87.997).

Cependant, il résulte d'un arrêt récent (Crim., 3 novembre 2009, pourvoi n° 08-88.438, en cours de publication), rendu au visa des articles 2 et 3 du code de procédure pénale, ensemble l'article 223-15-2 du code pénal, « que les proches de la victime d'un abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse sont recevables à rapporter la preuve d'un dommage dont ils ont personnellement souffert et qui découle directement des faits, objet de la poursuite ». Par cet arrêt, la chambre criminelle, revenant sur la solution adoptée en 2007, a cassé l'arrêt qui avait refusé aux enfants de la victime de pouvoir se constituer parties civiles en raison du préjudice affectif découlant des moyens employés par l'auteur de l'abus de faiblesse pour arriver à ses fins, et avait jugé que le préjudice qu'ils avaient pu subir ne pouvait être qu'indirect, seule la personne ayant été l'objet des faits étant la victime directe.

2.1.2. L'abus de faiblesse au travers d'une infraction marginale : la recherche biomédicale non consentie

Le législateur a entendu garantir la liberté de toute personne de consentir à un acte particulièrement grave consistant à pratiquer sur elle une expérimentation médicale alors qu'elle peut être placée dans une situation de faiblesse psychologique ou physiologique.

L'article 223-8 du code pénal incrimine ainsi « le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche biomédicale sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et exprès de l'intéressé [...] ».

À l'origine, l'article L. 209-9, devenu L. 1122-1, du code de la santé publique disposait que le consentement de la personne devait être donné par écrit.

Cette exigence a été supprimée par la loi du 11 août 2004, sans doute pour harmoniser les dispositions de ce texte avec celles des articles 223-8 précité et L. 1126-1 du code de la santé publique.

Ce qui importe avant tout, c'est que l'initiateur de l'expérimentation recueille le consentement exprès de l'intéressé et qu'il s'assure que celui-ci est libre et éclairé.

Tel n'a pas été le cas d'un médecin qui a administré, pendant cinq jours, à un patient souffrant d'un syndrome respiratoire aigu, un nouveau produit qui faisait l'objet d'une étude destinée à en comparer les effets avec un médicament de référence, dans le traitement de la pneumonie aiguë et qui a été poursuivi pour recherche biomédicale non consentie.

Pour le déclarer coupable, l'arrêt attaqué a retenu qu'il avait entamé la recherche alors que la victime était arrivée dans le service depuis une heure environ, qu'elle était très affaiblie et manifestement dans l'impossibilité de donner un consentement libre, éclairé et exprès, lequel n'avait été recueilli ni par écrit, ni d'une autre façon.

La chambre criminelle a rejeté le pourvoi du prévenu, estimant qu'en prononçant ainsi la cour d'appel avait justifié sa décision (Crim., 24 février 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 45, pourvoi n° 08-84.436).

2.2. L'abandon de la personne vulnérable

La déficience dont souffre une personne appelle ceux qui l'entourent à lui porter une attention particulière. La loi pénale sanctionne plus particulièrement ceux qui l'abandonnent ou qui s'en désintéressent lorsque sont réunies certaines circonstances particulières.

Toutefois, la vulnérabilité de la victime peut constituer, dans certains cas, un fait justificatif.

2.2.1. L'abandon actif : le délaissement

Les articles 349 à 353 de l'ancien code pénal réprimaient « ceux qui auront exposé ou fait exposer, délaissé ou fait délaissé, en un lieu solitaire, un enfant ou un incapable, hors d'état de se protéger eux-mêmes, à raison de leur état physique ou mental », manifestant ainsi le souci de ses rédacteurs de lutter contre « l'exposition et délaissement de nouveau-nés pratiquement tous voués à la mort »³⁶⁴.

Le nouveau code pénal a simplifié l'incrimination, qui a par ailleurs été étendue et scindée : sont ainsi réprimés par les articles 223-3 et 223-4 le délaissement, en un lieu quelconque, d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique, et par les articles 227-1 et 227-2 le seul délaissement du mineur.

Les exemples d'application de ce texte sont peu fréquents et la jurisprudence de la chambre criminelle enseigne essentiellement que les juges du fond doivent démontrer que l'auteur a manifesté sans ambiguïté la volonté d'abandonner définitivement la victime, cette volonté devant s'exprimer par un acte positif.

³⁶⁴. Cf. *J.-Cl. Pénal* annexe, « Le délaissement d'une personne hors d'état de se protéger », F. Dreifuss-Netter.

La démonstration n'est pas apportée lorsqu'une cour d'appel déclare des parents coupables de ce délit au motif qu'ils ont refusé de venir chercher leurs enfants qui, à la suite d'un malentendu, devant rejoindre leur mère après avoir passé leurs vacances avec leur père, se sont retrouvés seuls à l'arrivée de leur bateau sur les quais d'un port en Corse, et ont été placés provisoirement (Crim., 23 février 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 84, pourvoi n° 99-82.817).

Elle ne l'est pas davantage lorsque des juges du second degré, pour reconnaître une prévenue coupable, retiennent qu'elle s'est énergiquement opposée à l'intervention d'une aide-ménagère envoyée par une association au domicile de sa mère, sans apporter à celle-ci, âgée de 84 ans et venant d'être hospitalisée, une autre forme d'assistance (Crim., 13 novembre 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 273, pourvoi n° 07-83.621).

2.2.2. L'abandon passif : l'omission de porter secours et la non-dénonciation de crime ou de délit

La loi stigmatise ici l'inaction de ceux qui auraient pu, sans risque, intervenir au profit d'une personne qui est dans une situation temporaire de vulnérabilité ou, alors qu'elle est déjà vulnérable, qui est victime de sévices.

L'article 223-6 du code pénal punit celui qui s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours.

Selon la jurisprudence constante de la chambre, l'appel aux services de secours n'exonère pas son auteur de l'aide qu'il peut lui-même apporter à la personne en péril (Crim., 26 juillet 1954, *Bull. crim.* 1954, n° 276 et 9 octobre 1956, *Bull. crim.* 1956, n° 616).

Un arrêt récent illustre cette jurisprudence en approuvant la déclaration de culpabilité du capitaine d'un cargo qui s'est borné à alerter les services de sauvetage du chavirement d'un chalutier et à solliciter leur aide, en omettant de procéder à toute manœuvre efficace d'assistance à un matelot de ce navire, qui, d'abord agrippé à la proue, s'est jeté à l'eau et a réussi à nager pendant une dizaine de minutes avant de couler, alors que le prévenu aurait pu par son action personnelle, compte tenu de la manœuvrabilité suffisante du cargo en l'état de la mer et du vent, sans risque pour lui-même et pour les membres d'équipage, porter à la victime l'assistance nécessaire (Crim., 13 mars 2007, pourvoi n° 06-86.210).

Par ailleurs, l'article 434-3 du même code incrimine quiconque ayant connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles infligés à un mineur de 15 ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, de sa maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives.

La chambre juge que ce délit n'exige pas, pour qu'il soit constitué, que la dénonciation ait pu prévenir ou limiter les effets produits par les atteintes sexuelles infligées ou empêcher leur renouvellement (Crim., 6 septembre 2006, pourvoi n° 05-87.274).

2.2.3. La vulnérabilité, fait justificatif

Il s'agit des dispositions de l'article 226-14 du code pénal qui écartent l'application de celles de l'article 226-13 incriminant la violation du secret professionnel dans le cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret, et dont les alinéas 2 et 3 autorisent précisément la révélation, en premier lieu aux autorités judiciaires, médicales ou administratives, par celui qui en a eu connaissance, de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, et en second lieu au procureur de la République, par le médecin, des sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises.

Précisons que, dans ce dernier cas, l'intéressé est dispensé, depuis la loi du 5 mars 2007, d'agir avec l'accord de la victime lorsqu'il s'agit d'un mineur ou d'une personne vulnérable.

La chambre criminelle n'a été appelée à se prononcer qu'à de très rares occasions sur l'application de ces dispositions.

Le 6 octobre 1999 (pourvois n° 99-83.260, 99-83.262 et 97-85.118) elle a approuvé une chambre d'accusation d'avoir rejeté une demande d'annulation du procès-verbal d'audition d'un avocat qui avait témoigné devant le juge d'instruction de ce qu'un client qu'il avait assisté dans une procédure douanière lui avait confié avoir eu des relations sexuelles avec sa fille âgée de 13 ans, en relevant que ce témoignage avait été recueilli sans artifice ni manœuvre déloyale, le témoin étant demeuré libre de révéler ou de taire ce dont il avait eu connaissance à l'occasion de l'exercice de sa profession, concernant des atteintes sexuelles sur mineure de 15 ans.

En ce qui concerne l'accord donné par la victime, celui-ci n'a pas à être expressément mentionné dans la procédure dès lors qu'il se déduit des circonstances qu'il a été nécessairement donné ainsi qu'il a été jugé le 8 mars 2000 (*Bull. crim.* 2000, n° 109, pourvoi n° 99-87.319).

3. VULNÉRABILITÉ ET PROCÉDURE

La procédure pénale a notamment pour objet de garantir la sécurité et la dignité d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction, particulièrement lorsqu'elle est privée de sa liberté d'aller et venir à l'occasion d'une garde à vue ou d'une détention provisoire et qu'elle est ainsi placée en situation de vulnérabilité, au sens large du terme.

Mais il ne peut être traité ici d'une question si générale, qui n'a d'ailleurs pas fait l'objet d'arrêts spécifiques.

Signalons seulement ici les dispositions de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante qui ont pour objet d'offrir des garanties et des droits particuliers au mineur en raison de la vulnérabilité tenant à son âge.

Il en est ainsi, notamment, au cours de la garde à vue (article 4) ou à l'occasion d'un placement en détention provisoire (article 12), la chambre criminelle ayant d'ailleurs jugé, sur le premier point, que, bien que poursuivie pour des faits commis pendant sa minorité, la personne devenue majeure ne pouvait en revendiquer l'application, « dès lors que ces règles visent à protéger le mineur, non pas en raison de son manque de discernement au jour des faits, mais en raison de sa vulnérabilité au moment de son audition » (Crim., 25 octobre 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 316, pourvoi n° 00-83.253).

Il convient, en revanche, de souligner certains aspects de la procédure concernant les infractions étudiées précédemment ainsi que les personnes en situation de faiblesse, en ce qu'ils sont soumis à la chambre criminelle.

3.1. La prescription

La question de la prescription de l'action publique a été examinée à plusieurs reprises par la chambre criminelle.

En retardant le point de départ du délai de prescription de certaines infractions, la chambre a manifesté son souci de protéger la personne vulnérable.

Ainsi, en matière d'abus de faiblesse, elle a affirmé que la prescription ne commençait à courir qu'à partir du dernier prélèvement effectué sur le patrimoine de la victime lorsque l'abus frauduleux procède d'une opération délictueuse unique (à propos de prélèvements bancaires réalisés sur le compte de la victime, au moyen de la même procuration – Crim., 27 mai 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 141, pourvoi n° 03-82.738 et 29 novembre 2005, pourvoi n° 05-82.384).

De même, les juges de cassation ont retenu que le délit de soumission d'une personne vulnérable ou dépendante à des conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est une infraction continue qui se poursuit tant que dure l'hébergement illicite (Crim., 11 février 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 53, pourvoi n° 96-84.997).

Concernant le délit de non-dénonciation de mauvais traitement sur mineur de 15 ans, elle a jugé, en revanche, qu'il s'agissait d'un délit instantané qui se prescrit à compter du jour où le prévenu a eu connaissance des faits (Crim., 7 avril 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 66, pourvoi n° 09-80.655).

3.2. Le déroulement de la procédure pénale

La loi du 5 mars 2007³⁶⁵, portant réforme de la protection juridique des majeurs, a tiré les conséquences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH,

365. Cf. D. Guihal et T. Fossier, *JCP* 2007, I, 146.

30 janvier 2001, Vaudelle c. France, requête n° 35683/97³⁶⁶), en insérant dans le livre IV du code de procédure pénale un titre XXVII intitulé « De la poursuite, de l'instruction et du jugement des infractions commises par des majeurs protégés ».

Les nouvelles dispositions, codifiées sous les articles 706-112 à 706-118 du code de procédure pénale, prévoient désormais que :

- le curateur ou le tuteur, de même que le juge des tutelles, doit être avisé des poursuites ;
- lorsqu'il est présent à l'audience, le curateur ou le tuteur doit être entendu comme témoin ;
- la personne poursuivie doit être soumise à une expertise médicale avant tout jugement au fond, afin d'évaluer sa responsabilité médicale au moment des faits ;
- elle doit être assistée par un avocat ;
- le curateur ou le tuteur doit être avisé des décisions de non-lieu, de relaxe, d'acquiescement, d'irresponsabilité pénale pour trouble mental ou de condamnation dont la personne protégée fait l'objet.

La chambre criminelle n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur l'application de ces dispositions.

Cependant, elle a cassé, au visa des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et préliminaire du code de procédure pénale, s'agissant d'une procédure antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007, un arrêt ayant déclaré irrecevable comme tardif l'appel d'une personne placée sous tutelle, alors que son tuteur n'avait été informé ni des poursuites pénales ni du jugement de condamnation prononcé à son encontre (Crim., 16 janvier 2008, pourvoi n° 07-81.611).

De façon plus générale, elle veille à ce qu'une personne mise en examen ou un prévenu ne soient pas empêchés d'exercer leurs droits en raison de leur état de santé.

Ainsi, elle a jugé, au visa des mêmes articles, que, lorsque l'altération des facultés d'une personne mise en examen est telle qu'elle se trouve dans l'impossibilité absolue d'assurer effectivement sa défense, serait-elle assistée par un avocat, il doit être sursis à son renvoi devant la juridiction de jugement. En conséquence, elle a censuré un arrêt d'une chambre de l'instruction qui, après avoir relevé qu'aux termes d'un rapport d'expertise psychiatrique la personne mise en examen ne pouvait être auditionnée ou interrogée et était inaccessible à une sanction pénale à la suite d'un accident vasculaire cérébral survenu en cours d'information, a confirmé l'ordonnance du juge d'instruction ayant ordonné sa mise en accusation devant la cour d'assises (Crim., 11 juillet 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 185, pourvoi n° 07-83.056).

La chambre a décidé elle-même de surseoir à statuer sur le pourvoi formé par un prévenu dont les facultés intellectuelles ne lui permettaient plus de communiquer avec son avocat ni d'intervenir à la procédure, notamment en exerçant la faculté de produire un mémoire personnel ou en se désistant (Crim., 5 juin 1997, *Bull. crim.* 1997, n° 228, pourvoi n° 96-82.783).

366. *JCP* 2001, II, 10526, note L. Di Raimondo et *Dr. famille* 2001, comm. 66, obs. Th. Fossier.



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

Urbanisme – Permis de construire – Construction non conforme – Permis de construire suspendu – Défaut d'arrêté prescrivant l'interruption des travaux – Construction sans permis (non)

Ass. plén., 13 février 2009, Bull. crim. 2009, Ass. plén., n° 1, pourvoi n° 01-85.826, rapport de M. André et avis de M. Mouton

La loi pénale étant d'interprétation stricte, il s'ensuit que la poursuite de travaux, malgré une décision de la juridiction administrative prononçant le sursis à exécution du permis de construire mais non suivie d'un arrêté prescrivant l'interruption des travaux, n'est pas constitutive de l'infraction de construction sans permis prévue par l'article L. 480-4 du code de l'urbanisme.

Voir également le commentaire p. 449.

Procédure civile – Fin de non-recevoir – Définition – Exclusion – Cas – Contradiction au détriment d'autrui (non)

Ass. plén., 27 février 2009, Bull. 2009, Ass. plén., n° 1, pourvoi n° 07-19.841, rapport de M. Boval et avis de M. de Gouttes

La seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir.

Voir également le commentaire p. 419.

Travail, réglementation, rémunération – Salaire – Égalité des salaires – Atteinte au principe – Cas – Différence de montant du complément de rémunération versé pour rétribuer le niveau de fonction et la maîtrise du poste – Condition

Ass. plén., 27 février 2009, Bull. 2009, Ass. plén., n° 2, pourvoi n° 08-40.059, rapport de M. Mas et avis de Mme Petit

Si celui qui emploie à la fois des fonctionnaires et agents de droit public et des agents de droit privé est fondé, sans méconnaître le principe « à travail égal, salaire égal », à justifier une différence de rémunération entre ces catégories de personnels dont la rémunération de base et certains éléments sont calculés, en fonction pour les premiers, de règles de droit public et, pour les seconds, de dispositions conventionnelles de droit privé, il en va autrement s'agissant d'un complément de rémunération fixé, par décision de l'employeur applicable à l'ensemble du personnel sur le critère de la fonction ou du poste de travail occupé. Dès lors, un arrêt de cour d'appel, qui a relevé que l'objet du complément de rémunération dit « complément poste » était défini non par référence aux catégories juridiques mais

comme venant rétribuer le niveau de la fonction et la maîtrise du poste, constaté que l'agent de droit privé effectuait le même travail qu'un fonctionnaire de même niveau exerçant les mêmes fonctions, et retenu que La Poste ne fournissait pas d'explication sur le niveau annuel inférieur du « complément poste » versé à l'agent de droit privé, et donc que l'employeur ne justifiait par aucune raison objective pertinente la différence de traitement pour la période se situant entre 1998 et 2003, a exactement décidé que le principe « à travail égal, salaire égal » avait été méconnu.

Voir également le commentaire p. 340.

Chose jugée – Étendue – Dispositif

Ass. plén., 13 mars 2009, Bull. 2009, Ass. plén., n° 3, pourvoi n° 08-16.033, rapport de Mme Gabet et avis de M. Maynial

L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif. Par suite, viole les articles 1351 du code civil et 480 du code de procédure civile, la cour d'appel qui déclare irrecevables les demandes formées par le plaideur, en raison de l'autorité de la chose jugée attachée au jugement, alors que celui-ci n'avait pas tranché dans son dispositif les demandes reconventionnelles présentées par le plaideur lors de la première instance.

Voir également le commentaire p. 420.

Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985) – Redressement judiciaire – Patrimoine – Créance – Admission – Chose jugée – Autorité – Seconde procédure collective contre le même débiteur – Portée

Ass. plén., 10 avril 2009, Bull. 2009, Ass. plén., n° 4, pourvoi n° 08-10.154, rapport de Mme Crédeville et avis de M. Bonnet

En l'absence d'identité de parties, l'admission ou le rejet de la créance dans la première procédure collective n'a pas autorité de la chose jugée dans la seconde ouverte à l'encontre du même débiteur.

Voir également le commentaire p. 387.

Fonds de garantie – Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages – Indemnisation – Transaction avec la victime – Opposabilité à l'auteur des dommages – Conditions – Auteur du dommage pleinement informé de la faculté de contester une transaction devant un juge

Ass. plén., 29 mai 2009, Bull. 2009, Ass. plén., n° 5, pourvoi n° 08-11.422, rapport de Mme Kamara et avis de M. de Gouttes

Constitue un droit fondamental, en vue d'un procès équitable, le droit d'être pleinement informé de la faculté de contester devant un juge une transaction opposée à celui qui n'y était pas partie.

Voir également le commentaire p. 413.

Fonds de garantie – Accident de circulation et de chasse – Indemnisation – Transaction avec la victime – Opposabilité à l’auteur des dommages – Défaut – Office du juge – Étendue – Détermination – Portée

Même arrêt

En l’absence d’une transaction opposable, il appartient à la cour d’appel de se prononcer sur l’action récursoire dont elle était saisie par le fonds subrogé dans les droits du créancier d’indemnité.

Voir également le commentaire p. 413.

Prescription civile – Courtes prescriptions – Principes généraux – Fondement – Présomption de paiement – Preuve contraire – Aveu – Caractérisation – Défaut – Cas – Contestation de la créance formée à titre subsidiaire

Ass. plén., 29 mai 2009, Bull. 2009, Ass. plén., n° 6, pourvoi n° 07-20.913, rapport de M. Gérard et avis de M. Mellottée

Ne peuvent constituer un aveu de non-paiement de nature à faire échec à la demande principale tendant à l’application de la prescription de l’article 2273 du code civil, des conclusions par lesquelles une partie soutient, à titre subsidiaire, que la demande en paiement des dépens de son avoué est injustifiée.

Voir également le commentaire p. 432.

Cassation – Mémoire – Mémoire ampliatif – Défaut – Portée

Ass. plén., 17 juillet 2009, Bull. crim. 2009, Ass. plén., n° 2, pourvoi n° 09-82.690, Ass. plén., 17 juillet 2009, Bull. crim. 2009, Ass. plén., n° 3, pourvoi n° 09-82.691, Ass. plén., 17 juillet 2009, Bull. crim. 2009, Ass. plén., n° 4, pourvoi n° 09-82.692, rapport de M. Finidori et avis de M. Charpenel

Dès lors qu’aucun moyen n’est produit au soutien du pourvoi, et que la juridiction devant laquelle le demandeur est renvoyé est compétente, le pourvoi formé contre un arrêt de la commission d’instruction de la Cour de justice de la République ordonnant un renvoi devant la Cour de justice de la République est rejeté (arrêt n° 1, pourvoi n° 09-82.690, arrêt n° 2, pourvoi n° 09-82.691 et arrêt n° 3, pourvoi n° 09-82.692).

Voir également le commentaire p. 438.

Nantissement – Gage – Réalisation – Gage garantissant partiellement une dette – Imputation du versement – Détermination – Portée

Ass. plén., 6 novembre 2009, pourvoi n° 08-17.095, en cours de publication, rapport de Mme Cohen-Branche et avis de Mme Petit

Lorsqu’un gage garantit partiellement une dette, le versement résultant de sa réalisation s’impute sur le montant pour lequel la sûreté a été consentie. Ne commet donc pas de faute de nature à engager sa responsabilité envers le créancier gagiste le commissaire-priseur, tiers convenu, qui, après paiement intégral du montant garanti de la dette par le produit de

la réalisation partielle des objets remis en gage, restitué à leur propriétaire les objets non vendus, le gage étant devenu sans objet, peu important que ce dernier reste débiteur du solde de la dette.

Voir également le commentaire p. 400.

B – Chambre mixte

Procédure civile – Procédure orale – Demande – Demande incidente – Formulation par un écrit déposé au greffe – Moment – Portée

Ch. mixte, 13 mars 2009, Bull. 2009, Ch. mixte, n° 1, pourvoi n° 07-17.670, rapport de M. Pronier et avis de M. Maynial

Lorsque dans une procédure orale une demande incidente a été formulée par un écrit déposé au greffe antérieurement au désistement d'appel, l'égalité des armes et l'exigence d'un procès équitable imposent qu'il soit statué sur la demande incidente soutenue à l'audience.

Voir également le commentaire p. 421.

Jugements et arrêts – Nullité – Mentions – Omissions ou inexactitudes – Condition

Ch. mixte, 11 décembre 2009, pourvoi n° 08-13.643, en cours de publication, rapport de M. Garban et avis de M. Gariazzo

Aux termes de l'article 459 du code de procédure civile, l'inexactitude d'une mention destinée à établir la régularité du jugement ne peut entraîner la nullité de celui-ci s'il est établi par les pièces de la procédure, par le registre d'audience ou par tout autre moyen que les prescriptions légales ont été, en fait, observées. Par suite, bien que seul le nom du président ait été mentionné dans un arrêt, le grief tiré de cette irrégularité n'est pas fondé dès lors qu'il résulte du procès-verbal de l'audience que la cour d'appel était composée d'un président et de deux conseillers.

Voir également le commentaire p. 424.

Jugements et arrêts – Mentions obligatoires – Nom du greffier – Indication – Omission – Effet

Même arrêt

L'article 458 du code de procédure civile ne sanctionne pas par la nullité le défaut de mention du nom du secrétaire ayant assisté à l'audience. N'est donc pas fondé le grief tendant à l'annulation de l'arrêt en raison de l'absence d'indication du nom du greffier ayant assisté à l'audience.

Voir également le commentaire p. 424.

Chambre de l'instruction – Appel d'une décision du juge des libertés et de la détention ordonnant une mesure d'inscription provisoire d'hypothèque – Contrôle – Étendue – Détermination

Ch. mixte, 11 décembre 2009, pourvois n° 08-86.304 et 09-13.944,

en cours de publication, rapport de M. Rouzet et avis de M. Boccon-Gibod

Une chambre de l'instruction, saisie d'une demande de mainlevée d'une inscription provisoire d'hypothèque ordonnée par un juge des libertés et de la détention, et qui relève que cette inscription n'était pas excessive au regard des amendes encourues, retient à bon droit que la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 mars 2004, confiant à l'autorité judiciaire le soin d'apprécier l'existence d'éléments de gravité justifiant le recours à une procédure exceptionnelle, ne s'applique qu'à l'infraction de vol en bande organisée et non à l'ensemble des infractions visées par l'article 706-73 du code de procédure pénale.

Voir également le commentaire p. 442.

Cassation – Contrariété de décisions – Contrariété entre une décision pénale et une décision civile – Décision pénale conforme à la doctrine de la Cour de cassation – Annulation de la décision civile

Même arrêt

Dès lors qu'il résulte du rapprochement des dispositifs que deux décisions, l'une émanant du juge pénal, l'autre du juge civil, sont inconciliables dans leur exécution et aboutissent à un déni de justice, et que celle rendue par la chambre de l'instruction, juridiction compétente à défaut de disposition particulière dérogatoire pour connaître de l'appel d'une décision du juge des libertés et de la détention, est conforme à la doctrine de la Cour de cassation, il convient d'annuler celle rendue par la chambre civile.

Voir également le commentaire p. 442.

I – DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE

A – Divorce

Divorce, séparation de corps – Preuve – Moyen de preuve – Admissibilité – Exclusion – Cas – Éléments de preuve obtenus par violence ou fraude – Caractérisation – Défaut – Applications diverses

1^{re} Civ., 17 juin 2009, *Bull.* 2009, I, n° 132, pourvoi n° 07-21.796

Pour prouver le grief d'adultère qu'elle reprochait à son conjoint, une épouse pouvait-elle produire devant la cour d'appel des minimeessages dits SMS reçus sur le téléphone professionnel de l'époux et dont la teneur avait été rapportée par un procès-verbal d'huissier de justice ?

La cour d'appel avait répondu par la négative en estimant que les courriers électroniques adressés par le biais de téléphone portable sous forme de courts messages (ou SMS) relevaient de la confidentialité et du secret des correspondances et que la lecture de ces courriers personnels à l'insu de leur destinataire constituait une atteinte grave à l'intimité de la personne.

Cet arrêt a été censuré par la première chambre civile qui a décidé que la cour d'appel ne pouvait écarter ces moyens de preuve sans constater qu'ils avaient été obtenus par violence ou fraude.

La Cour de cassation a ainsi appliqué aux minimeessages le même régime que celui qu'elle adopte en matière de preuve des griefs de divorce par lettres missives.

En effet, si en droit commun, le principe de l'inviolabilité des correspondances conduit normalement à interdire la production des lettres missives dans les débats judiciaires, sauf à obtenir le consentement du destinataire et même celui de l'expéditeur lorsque la lettre revêt un caractère confidentiel, il est admis depuis longtemps que le secret des correspondances cède en matière de divorce devant la nécessité de prouver des faits qui, par leur nature même, sont souvent intimes. Des lettres peuvent être produites pour prouver les fautes, et notamment l'adultère, en matière de divorce à la condition que ces lettres aient été obtenues sans violence ni fraude (2^e Civ., 28 mars 1973, *Bull.* 1973, II, n° 115, pourvoi n° 72-10.380; 2^e Civ., 26 novembre 1975, *Bull.* 1975, II, n° 314, pourvoi n° 74-13.034; 2^e Civ., 29 janvier 1997, *Bull.* 1997, II, n° 28, pourvoi n° 95-15.255).

D'ailleurs, il est de principe qu'en matière de divorce la preuve se fait par tous moyens (cf. article 259 du code civil dont la rédaction n'a pas été modifiée sur ce point par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004) et si l'ancien article 259-1 du code civil prévoyait qu'un époux ne pouvait verser aux débats les lettres échangées entre son conjoint et un tiers qu'il aurait obtenues par violence ou fraude, cet article autorisait *a contrario* la production de ces correspondances à défaut de violence ou de fraude.

La première chambre civile avait déjà étendu sa jurisprudence sur les lettres missives aux courriers électroniques ou courriels échangés entre un conjoint et un tiers et avait admis, dans un arrêt récent, que des relations injurieuses puissent être établies par des « e-mails » échangés entre une épouse et un tiers, en l'absence de preuve de violence ou de fraude dans l'obtention de ces éléments de preuve (1^{re} Civ., 18 mai 2005, *Bull.* 2005, I, n° 213 pourvoi n° 04-13.745).

B – Étrangers

Étranger – Entrée en France – Maintien en zone d'attente – Zone d'attente – Autorités de contrôle – Détermination – Portée

1^{re} Civ., 25 mars 2009, Bull. 2009, I, n° 66, pourvoi n° 08-14.125

Un étranger mineur peut-il faire l'objet d'une mesure de protection en application de l'article 375 du code civil lorsqu'il est maintenu en zone d'attente ?

Par l'arrêt commenté la première chambre répond par l'affirmative à cette question.

En l'espèce, M. X... âgé de 17 ans, de nationalité irakienne, qui voyageait seul, a été interpellé à l'aéroport de Roissy-Charles de Gaulle à sa descente d'avion. Il a présenté une demande d'asile qui a été rejetée. Il a alors été maintenu en zone d'attente. La prolongation de cette mesure a été ordonnée par un juge des libertés et de la détention pour une durée de huit jours, puis, à l'expiration de ce délai, le juge des libertés et de la détention a dit n'y avoir lieu à renouveler cette mesure et a « confié le mineur aux bons soins du parquet mineur à toutes fins ».

Sur appel du procureur de la République, le délégué du premier président a infirmé cette décision au motif que « si tout mineur se trouvant sur le territoire national peut faire l'objet d'une mesure de protection en application des dispositions des articles 375 et suivants du code civil, cette mesure de protection ne peut être mise en œuvre que sur le territoire national, ce qui n'est pas le cas de l'espèce, M. X... n'ayant pas, pour l'instant, été autorisé à séjourner en France ».

C'est cette décision qui est censurée au motif que la zone d'attente se trouve sous contrôle administratif et juridictionnel national.

La première chambre en déduit donc implicitement qu'un mineur maintenu en zone d'attente peut faire l'objet d'une mesure de protection.

Deux enseignements peuvent être tirés de cet arrêt.

Il faut d'abord remarquer que la cassation n'est pas prononcée au visa de l'article 375 du code civil, mais de celui, plus large, de l'article L. 221-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ce qui démontre la volonté de la première chambre d'affirmer qu'une zone d'attente n'est pas une zone de « non-droit » et que les autorités administratives ou juridictionnelles nationales y exercent leur contrôle, en quelque matière que ce soit.

Il faut ensuite constater que la première chambre ne dit pas qu'un mineur maintenu en zone d'attente est, de ce seul fait, en situation de danger. Il appartiendra au juge des enfants saisi d'apprécier si une mesure de protection est nécessaire.

Cette décision est à rapprocher d'un arrêt rendu le 7 décembre 2004 par la chambre des mineurs de la cour d'appel de Paris (*RD sanit. soc.* 2005, p. 341).

II – DROIT DU TRAVAIL

Introduction

Bien qu'en légère diminution, au moins pour ce qui concerne le nombre d'arrêts rendus, le flux du contentieux de la chambre sociale est resté abondant en 2009 et l'activité très soutenue, les difficultés à régler ne cessant de se renouveler et de se diversifier, du fait, notamment, des réformes successives dont il faut assurer la mise en œuvre.

L'année 2008 avait été marquée, notamment, par l'amorce d'un travail de construction normative relativement à deux sujets sensibles, l'un portant sur les situations de harcèlement, de discriminations et d'inégalités de traitement, l'autre sur la question des élections professionnelles et de la représentativité syndicale après l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008.

En 2009, la chambre s'est, s'agissant du premier de ces thèmes, tout particulièrement attachée à poursuivre l'élaboration de règles et de méthodes de réflexion susceptibles d'aboutir à une certaine harmonisation des solutions des juges du fond. Alors qu'elle avait, par ses quatre arrêts du 24 septembre 2008, décidé de reprendre le contrôle de la qualification du harcèlement, elle s'est efforcée, en 2009, d'en préciser la définition légale, laquelle exclut toute référence à l'intention de son auteur, le seul constat de l'existence des conditions envisagées par l'article L. 1152-1 du code du travail suffisant à le caractériser (arrêt du 10 novembre 2009) et d'expliquer de quelle manière il convenait d'appréhender ces situations, en envisageant l'ensemble des éléments dénoncés par le salarié pour rechercher si leur accumulation n'en faisait pas présumer la réalité et en évitant de les considérer chacun isolément (arrêt du 13 mai 2009). Appliquant, par ailleurs, strictement les articles L. 1152-2 et L. 1152-3 du code du travail, elle a, pour la première fois, tiré les conséquences de l'immunité prévue par ces textes dans un arrêt du 10 mars 2009, qui, s'inspirant de ce qui avait déjà été jugé à propos de la dénonciation de mauvais traitements dans un établissement sanitaire (arrêt du 30 octobre 2007), a annulé, sur un moyen relevé d'office, le licenciement d'un salarié auquel il avait été reproché, entre autres griefs, de s'être plaint de harcèlement, considérant ainsi que le seul fait d'articuler parmi les reproches faits au salarié celui d'avoir dénoncé une telle situation polluit l'ensemble des motifs de licenciement et ajoutant au passage que la mauvaise foi du salarié, qui seule pourrait conduire à le priver de cette protection, ne saurait résulter de la seule circonstance que les faits évoqués ne seraient pas établis. Elle a enfin, dans un arrêt du 1^{er} juillet 2009, rappelé qu'un employeur ne pouvait pas être contraint de rompre le contrat de travail du « harceleur » à la demande des victimes de ce dernier et cassé un arrêt de cour d'appel qui avait cru pouvoir faire injonction en ce sens. Les discriminations ont également donné lieu à diverses décisions en 2009 dont, notamment, celle du 10 novembre 2009 rendue à propos d'une suspicion de discrimination « par le prénom » alors que le salarié avait dû, à la demande de son employeur, changer son prénom d'origine maghrébine en celui de « Laurent » qui, selon lui, « convenait mieux au type de clientèle reçu dans l'établissement ». Quant à l'égalité de traitement, elle a donné lieu à plusieurs arrêts importants qui seront commentés ci-après et, tout particulièrement, à un revirement de jurisprudence quant à l'incidence de parcours professionnels différenciés.

Quant au second thème, on se doutait que les nouvelles dispositions relatives à la représentativité syndicale et aux élections professionnelles seraient la source d'un contentieux fourni, ce qui n'a pas manqué de se vérifier. Il a fallu entreprendre patiemment de fournir les réponses les mieux appropriées aux multiples interrogations que suscite la réforme, qu'elles concernent la période transitoire ouverte par l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 et devant courir jusqu'aux premières élections dans l'entreprise ou, plus radicalement, l'avenir d'une réforme voulue par les partenaires sociaux et destinée à redessiner le paysage syndical français, et les difficultés ne sont pas minces tant sont grande la remise en cause des solutions antérieures et nombreuses les questions auxquelles les nouvelles dispositions n'apportent pas de réponse. Il faut donc innover, imaginer, compléter à partir de la volonté supposée des négociateurs et/ou du législateur sans perdre de vue la nécessité de proposer des solutions simples et efficaces, autant que faire se peut, et qui ne soient pas elles-mêmes source de nouveaux contentieux...

Ces deux sujets n'ont cependant pas été les seuls à occuper la chambre : plusieurs arrêts auront concerné cette année écoulée des problèmes essentiels liés aux libertés des salariés à travers, notamment, la question nouvelle des « codes de déontologie » que les sociétés cotées à la bourse de New York sont tenues d'élaborer en exécution de la loi Sarbanes Oxley et du type de clauses qui peuvent y figurer au regard, notamment, de la liberté d'expression individuelle et collective des salariés et de l'objet, nécessairement limité lorsqu'il est mis en œuvre dans le seul cadre du régime d'autorisation unique de la CNIL, d'un système d'alerte professionnelle (arrêt du 8 décembre 2009) ou, plus traditionnellement, à propos des règlements intérieurs et des restrictions aux libertés qui peuvent y figurer : en l'espèce, il s'agissait de savoir s'il était possible à l'employeur, dans certaines circonstances très spécifiques, d'apporter des restrictions au droit fondamental d'un éducateur salarié de jouir de son domicile en lui interdisant de recevoir sans autorisation les jeunes dont il avait la charge. Une autre décision a également complété la jurisprudence élaborée antérieurement à propos des « fouilles » ou des « contrôles » des sacs personnels du salarié par l'employeur en ajoutant aux conditions déjà exigées pour leur régularité la nécessité d'obtenir du salarié fouillé ou contrôlé son consentement « éclairé »...

Quelques arrêts méritent encore une attention particulière lorsqu'ils ont trait à la définition du contrat de travail ou à sa rupture : ce fut, sur le premier point, le très médiatique arrêt dit « île de la Tentation » qui s'est en fait borné à rappeler les critères du contrat de travail définis de longue date en refusant de polluer le sujet par des considérations liées à la nature de l'activité exercée tant la voie aurait été périlleuse alors que nombre d'activités sont susceptibles de relever, selon les circonstances où elles sont pratiquées, d'un régime ou d'un autre et, sur le second, d'un arrêt, qui, complétant la construction élaborée à propos de la prise d'acte, a décidé qu'à la différence d'un licenciement ou d'une démission qui peuvent être rétractés avec l'accord de l'autre partie il n'était pas possible de revenir sur une prise d'acte.

À noter enfin, deux sujets ayant mobilisé, durant ces derniers mois, l'intérêt de la chambre : le premier concerne la mise en place, depuis septembre 2009, d'un groupe de travail réunissant une fois par trimestre des membres du Conseil d'État et de la chambre sociale de la Cour de cassation sur des sujets intéressant les deux ordres de juridiction à l'effet d'harmoniser, autant que faire se peut, les positions des uns et des autres et de sérier les questions pouvant

justifier l'arbitrage du tribunal des conflits. L'expérience, qui n'en est qu'à ses débuts, apparaît d'ores et déjà fructueuse et riche de potentialités en matière sociale où les partages de compétence sont nombreux et sans doute propres à prévenir les difficultés multiples qui en résultent pour le justiciable. Le second a trait aux difficultés suscitées par l'application des textes issus de la recodification ; si, globalement, la refonte du code du travail et sa restructuration en facilitent la consultation, il reste que la réécriture de certains articles occasionne parfois des difficultés et complique sérieusement le règlement des pourvois, la chambre a pris le parti, en cas de doute sur le sens d'une modification, de considérer que, sauf dispositions contraires expresses, l'interprétation doit être faite « à droit constant »...

Côté statistiques, indiquons qu'en 2009 la chambre sociale, comme les années précédentes, est demeurée destinataire de près de 6500 pourvois, toutes catégories confondues, qu'elle a sorti 6582 affaires et rendu 3297 arrêts dont un tiers de cassations et un quart de non-admissions. Le stock distribuable reste très raisonnable et la durée moyenne de traitement des pourvois d'un peu plus de 500 jours. La situation demeure donc globalement satisfaisante.

Les arrêts les plus significatifs rendus en 2009 sont, selon la présentation adoptée désormais par la chambre, classés en huit grandes rubriques : Contrat de travail, organisation et exécution du travail – Durée du travail et rémunérations – Santé et sécurité au travail – Égalité de traitement, discrimination, harcèlement – Accords collectifs et conflits collectifs du travail – Représentation du personnel et élections professionnelles – Rupture du contrat de travail – Actions en justice.

- La première rubrique, à savoir « Contrat de travail, organisation et exécution du travail », comporte tout ce qui concerne sa nature et sa définition au sens large (apprentissage, principaux contrats de travail, statuts particuliers), les prérogatives et devoirs des parties au contrat de travail (pouvoirs de l'employeur quant aux modifications des conditions de travail et du contrat de travail et pouvoir disciplinaire, sanctions, mise à pied..., engagement unilatéral), ainsi que les droits et obligations du salarié. Y figurent aussi les difficultés afférentes aux modifications de la situation juridique de l'employeur et au transfert du contrat de travail (article L. 122-12 du code du travail). Est notamment commenté dans cette rubrique un arrêt relatif à la caractérisation du contrat de travail dans le cadre d'émissions de télé-réalité (Soc., 3 juin 2009, *Bull.* 2009, V, n° 141, pourvois n° 08-40.981 à 08-40.983 et 08-41.712 à 08-41.714), ainsi qu'un arrêt concernant les conditions de fouille du sac d'un salarié par l'employeur (Soc., 11 février 2009, *Bull.* 2009, V, n° 40, pourvoi n° 07-42.068), et un arrêt sur la licéité des dispositifs d'alerte institués dans l'entreprise (Soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-17.191).

- 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 CE, 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. Figurent dans cette rubrique un arrêt concernant les sanctions pécuniaires prohibées (Soc., 11 février 2009, *Bull.* 2009, V, n° 42, pourvoi n° 07-42.584), ainsi qu'un arrêt concernant la rémunération des maîtres de l'enseignement privé hors contrat (Soc., 30 septembre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 215, pourvoi n° 07-42.694).

- 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. Sont commentés dans cette rubrique plusieurs arrêts relatifs aux effets d'un certificat médical constatant l'incapacité d'un salarié à certains postes (Soc., 14 octobre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 221, pourvoi n° 08-42.878; Soc., 10 novembre 2009, n° 08-42.674, en cours de publication).

- La quatrième rubrique, intitulée « Égalité de traitement, discrimination, harcèlement », a été créée dans le cadre du *Rapport annuel* de l'année 2009. 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 encore plusieurs arrêts très importants, et notamment un arrêt précisant l'illégalité d'un licenciement prononcé à la suite de la dénonciation par un salarié de faits de harcèlement moral (Soc., 10 mars 2009, *Bull.* 2009, V, n° 66, pourvoi n° 07-44.092), un arrêt rappelant que seuls des agissements répétés peuvent être constitutifs d'un harcèlement moral (Soc., 9 décembre 2009, pourvoi n° 07-45.521), ainsi qu'un arrêt sanctionnant la discrimination dont était victime un salarié obligé de modifier son prénom dans le cadre de ses fonctions (Soc., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-42.286, en cours de publication).

- 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. On y trouvera un commentaire d'un arrêt sanctionnant la différence de traitement résultant uniquement de la date d'entrée en vigueur d'un accord collectif (Soc., 4 février 2009, *Bull.* 2009, V, n° 35, pourvois n° 07-41.406 à n° 07-41.410).

- 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. On y trouve cette année, notamment, les premiers arrêts portant application de la loi du 20 août 2008 relative à la démocratie sociale (Soc., 8 juillet 2009, *Bull.* 2009, V, n° 179, pourvoi n° 09-60.015; *Bull.* 2009, V, n° 180, pourvois n° 09-60.031, 09-60.032 et 09-60.011; *Bull.* 2009, V, n° 181, pourvoi n° 08-60.599; *Bull.* 2009, V, n° 178, pourvoi n° 09-60.048; Soc., 4 novembre 2009, pourvoi n° 09-60.075, en cours de publication).

- 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 économiques. On relèvera

notamment un arrêt précisant l'impossibilité de rétracter une prise d'acte (Soc., 14 octobre 2009, *Bull.* 2009, n° 221, pourvoi n° 08-42.878).

• 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. On y trouve notamment un arrêt déclarant recevable le pourvoi formé en matière préélectorale (Soc., 23 septembre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 195, pourvoi n° 08-60.535).

A – Contrat de travail, organisation et exécution du travail

1 – Emploi et formation

Existence d'un contrat de travail

Contrat de travail, formation – Définition – Critères – Conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité professionnelle

Soc., 3 juin 2009, *Bull.* 2009, V, n° 141, pourvois n° 08-40.981 à 08-40.983 et 08-41.712 à 08-41.714

Par un arrêt rendu le 3 juin 2009, la chambre sociale de la Cour de cassation statue pour la première fois sur la qualification du contrat liant le participant au producteur de l'un des types de programmes de « télé-réalité ».

Intitulée « L'île de la Tentation », l'émission en cause répondait au concept suivant : « Quatre couples non mariés et non pacsés, sans enfants, testent leurs sentiments réciproques lors d'un séjour d'une durée de douze jours sur une île exotique, séjour pendant lequel ils sont filmés dans leur quotidien, notamment pendant les activités (plongée, équitation, ski nautique, voile, etc.) qu'ils partagent avec des célibataires de sexe opposé. À l'issue de ce séjour, les participants font le point de leurs sentiments envers leur partenaire. Il n'y a ni gagnant, ni prix. »

Trois des participants de la saison 2003 ont, après la diffusion durant l'été 2003 des épisodes de la série, saisi la juridiction prud'homale d'une demande de requalification du « règlement participants » qu'ils avaient signé, en contrat de travail.

Le conseil de prud'hommes, puis la cour d'appel ont accueilli cette demande.

Pour critiquer cette décision, la société de production invoquait les clauses des documents signés par les participants et soutenait qu'aucun des éléments constitutifs du contrat de travail n'était caractérisé : ni la prestation de travail, ni le lien de subordination, ni la rémunération.

Le code du travail ne donne pas de définition du contrat de travail. Il appartient au juge, en cas de litige sur ce point, de rechercher si les critères du contrat de travail sont réunis.

Répondant à l'argument tiré de la volonté des participants qui, dans l'une des clauses du document signé, *attestaient* « participer au programme à des fins personnelles et non à des

fins professionnelles », la chambre sociale rappelle que « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs », ce principe résultant d'un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 4 mars 1983 (*Bull.* 1983, Ass. plén., n° 3, pourvois n° 81-11.647 et 81-15.290).

Analysant la situation concrète et les conditions du tournage de la saison 3 de « L'île de la Tentation », la chambre sociale relève que les participants avaient l'obligation de prendre part aux différentes activités et réunions, qu'ils devaient suivre les règles du programme définies unilatéralement par le producteur, qu'ils étaient orientés dans l'analyse de leur conduite, que certaines scènes étaient répétées pour valoriser des moments essentiels, que les heures de réveil et de sommeil étaient fixées par la production, que le règlement leur imposait une disponibilité permanente, avec interdiction de sortir du site et de communiquer avec l'extérieur, et stipulait que toute infraction aux obligations contractuelles pourrait être sanctionnée par le renvoi, et en déduit qu'est ainsi mise en lumière l'existence d'un lien de subordination, caractérisé par le pouvoir de l'employeur « de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements du subordonné ».

N'ayant pas retenu, comme l'y invitait la société de production, l'argument selon lequel l'activité des participants, limitée à l'exposition de leur personne et de l'intimité de leur vie privée sous l'œil des caméras ainsi qu'à l'expression de leurs sentiments, ne pouvait constituer un travail, la chambre sociale considère que la prestation consistant pour les participants, pendant un temps et dans un lieu sans rapport avec le déroulement habituel de leur vie personnelle, à prendre part à des activités imposées et à exprimer des réactions attendues, distingue une telle activité du seul enregistrement de leur vie quotidienne.

La chambre sociale, sur avis non conforme de l'avocat général, approuve par voie de conséquence la cour d'appel d'avoir considéré que les participants étaient liés par un contrat de travail à la société de production.

En revanche, la cour d'appel est censurée pour avoir retenu l'existence d'un travail dissimulé sans avoir motivé de manière opérante le caractère intentionnel de la dissimulation.

L'apport de cet arrêt réside dans la confirmation que le lien de subordination constitue le « critère décisif » du contrat de travail et que dès lors qu'elle est exécutée, non pas à titre d'activité privée mais dans un lien de subordination, pour le compte et dans l'intérêt d'un tiers en vue de la production d'un bien ayant une valeur économique, l'activité, quelle qu'elle soit, peu important qu'elle soit ludique ou exempte de pénibilité, est une prestation de travail soumise au droit du travail.

L'avocat général avait conclu à la cassation en relevant qu'un divertissement entre adultes consentants n'agissant qu'à des fins purement personnelles et non professionnelles ne pouvait relever de la législation du travail.

Période d'essai

Statut collectif du travail – Conventions et accords collectifs – Conventions diverses – Crédit agricole – Convention nationale – Article 10 – Durée du stage des agents de la classe III engagés par contrat à durée indéterminée avant leur titularisation – Dispositions contraires à la Convention internationale du travail n° 158

Soc., 4 juin 2009, Bull. 2009, V, n° 146, pourvoi n° 08-41.359

La question posée à la chambre sociale était celle de savoir si une convention collective, en l'espèce celle du Crédit agricole, était conforme à la Convention OIT n° 158 ratifiée par la loi n° 88-1242 du 30 décembre 1998 et entrée en vigueur le 16 mars 1990.

Par un arrêt du 29 mars 2006 (*Soc.*, 29 mars 2006, *Bull.* 2006, V, n° 131, pourvoi n° 04-46.499, *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2006, p. 299 et 300), la Cour de cassation avait déjà admis le principe de l'application directe devant les juridictions nationales de dispositions de cette Convention internationale, à savoir les articles 1, le b du paragraphe 2 de l'article 2 et l'article 11. La solution, dans la ligne d'un arrêt du Conseil d'État en date du 19 octobre 2005 (n° 283471, publié au *Recueil Lebon*) concernant le contrat « nouvelles embauches », a été réaffirmée par la chambre sociale par un arrêt du 1^{er} juillet 2008 relatif à ce même contrat (*Bull.* 2008, V, n° 146, pourvoi n° 07-44.124, *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2008, p. 218 et 219).

La Convention OIT n° 158 permet d'exclure de la protection prévue par celle-ci les travailleurs assurant une période d'essai, à condition que la durée de cette période soit fixée à l'avance et qu'elle soit raisonnable.

En son arrêt du 4 juin 2009, la Cour de cassation affirme le caractère déraisonnable, au regard de la finalité de la période d'essai et de l'exclusion des règles du licenciement durant cette période, de la durée d'un an du stage, assimilable à une période d'essai, prévu par la convention collective nationale du Crédit agricole.

Alors que la cour d'appel avait admis que cette durée, prévue par l'article 10 de cette convention collective pour une catégorie élevée de cadres, ne dépassait pas celle nécessaire à la démonstration de leurs capacités, la cassation survient au visa de cet article et surtout des principes posés par la Convention internationale n° 158 et de la dérogation prévue en son article 2 paragraphe 2 b.

Cette décision, protectrice des droits des salariés notamment en ce qu'elle limite la durée d'une période d'essai, illustre ainsi une nouvelle fois le principe de primauté du droit international sur les normes de droit national.

2 – Droits et obligations des parties au contrat de travail

Clause de mobilité

Modification – Modification convenue entre les parties – Changement d'employeur – Accord du salarié donné par avance – Possibilité – Exclusion – Portée

Soc., 23 septembre 2009, Bull. 2009, V, n° 191, pourvoi n° 07-44.200

Engagé par une société faisant partie d'un groupe et d'une unité économique et sociale, un salarié a signé, au bout de quelques années, un avenant à son contrat de travail par lequel il acceptait une promotion en qualité de cadre supérieur et l'adjonction à son contrat d'une clause de mobilité stipulant qu'il pourrait être amené à exercer ses fonctions dans toute autre société du groupe ou de l'UES.

L'une des questions posées par le pourvoi portait sur la validité de cette clause, au regard de son imprécision géographique.

Par un moyen soulevé d'office, la Cour de cassation constate la nullité de la clause de mobilité, en raison du changement d'employeur qu'elle peut conduire à imposer au salarié.

La chambre sociale a jugé qu'il ne résulte pas de la reconnaissance d'une UES que les différentes sociétés qui la composent sont les coemployeurs du salarié de l'une d'elles (Soc., 22 novembre 2000, pourvois n° 98-42.229 et 98-43.937), et que l'UES n'est pas elle-même l'employeur de tous les salariés des entités qui la composent (Soc., 28 janvier 2009, Bull. 2009, V, n° 26, pourvoi n° 07-45.481).

De la même façon, l'appartenance d'un salarié à une société d'un groupe n'a pas d'effet sur la qualité de l'employeur, même si, ainsi que le rappelle le présent arrêt, le directeur des ressources humaines de la société mère, qui n'est pas une personne étrangère aux filiales, peut recevoir mandat pour procéder à l'entretien préalable et au licenciement d'un salarié employé par ces filiales, sans qu'il soit nécessaire que la délégation de pouvoir soit donnée par écrit. Il s'agit là d'une simple facilité de gestion.

Par conséquent, la mutation d'un salarié d'une société dans une autre société appartenant au même groupe ou à la même UES s'analyse en un transfert du contrat de travail vers un nouvel employeur et non en un simple changement des conditions de travail. Elle nécessite dès lors, en l'absence de textes légaux particuliers, l'accord du salarié concerné.

Dans un mémoire en défense envoyé par l'employeur à la suite de l'avis que lui avait fait parvenir la chambre sociale de son intention de soulever un moyen d'office, la société faisait valoir que le changement d'employeur avait bien fait l'objet d'un accord du salarié, lequel connaissait la portée de son engagement, lors de la signature de l'avenant.

La chambre sociale écarte cet argument : un salarié ne peut jamais accepter à l'avance un changement d'employeur. Il ne pouvait donc pas, dans le cadre d'une clause de mobilité générale, consentir à l'avance à toute modification d'employeur qui résulterait d'une mutation dans une autre société fût-elle du même groupe ou de la même UES.

Gérants non salariés

Statuts professionnels particuliers – Gérant – Gérant non salarié – Succursale de maison d'alimentation de détail – Bénéfice des avantages de la législation sociale – Étendue – Portée

Soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-42.089, en cours de publication

Soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-42.090, en cours de publication

Voir le commentaire *infra*, rubrique représentation des représentants du personnel (F), protection des représentants du personnel (2-2), p. 358.

Restriction aux libertés individuelles

– *Domicile personnel du salarié*

Contrat de travail, exécution – Employeur – Pouvoir de direction – Étendue – Restriction aux libertés individuelles – Restriction à l'usage par le salarié de son domicile personnel – Possibilité – Conditions – Détermination
Soc., 13 janvier 2009, *Bull.* 2009, V, n° 3, pourvoi n° 07-43.282

Rendu dans une espèce où la cour d'appel avait annulé un rappel au règlement notifié à un éducateur ayant reçu à son domicile une mineure placée dans l'établissement employant le salarié, cet arrêt de cassation fait pour la première fois application des dispositions restrictives des libertés individuelles au cas de l'usage du domicile privé.

L'article L. 1121-1 du code du travail dispose très généralement que nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché, formule maintenant reprise au 2° de l'article L. 1321-3 concernant le règlement intérieur.

Si le domicile, et l'usage qui en est fait, sont l'archétype de ce qui relève de la vie privée du salarié, il est toutefois des cas où l'employeur peut y avoir un certain pouvoir de contrôle ou de réglementation.

Au constat de ce que, dans l'intérêt bien compris tant des mineurs que des salariés, l'interdiction faite aux membres du personnel éducatif de recevoir à leur domicile les enfants placés dans l'établissement était une suggestion professionnelle pouvant figurer dans le règlement intérieur et de ce que cette restriction à la liberté du salarié était justifiée par la nature du travail à accomplir et proportionnée au but recherché, il a été jugé qu'il était légitime que le règlement intérieur prohibe de recevoir les enfants ou adolescents dans les appartements privés, alors d'ailleurs qu'au cas de l'espèce le reproche était de l'avoir fait sans autorisation préalable.

D'autres cas de figure peuvent être envisagés, ainsi :

- de l'accès aux logements de fonctions situés dans des enceintes sécurisées ;
- du travail à domicile, où l'accomplissement de la tâche peut obliger à des conditions particulières d'espace, d'installation d'équipements, de puissance électrique, de propreté, d'aération, de confidentialité, etc. ;

– du télétravail, où l'usage du poste informatique peut être limité au seul salarié et prohibé pour les autres occupants, avec une connexion sécurisée.

– *Contrôle du contenu d'un sac à main*

Contrat de travail, exécution – Employeur – Pouvoir de direction – Étendue – Restriction aux libertés individuelles – Possibilité – Conditions – Détermination – Portée

Soc., 11 février 2009, Bull. 2009, V, n° 40, pourvoi n° 07-42.068

Dans le présent arrêt, la question essentielle soumise à la chambre sociale était celle des conditions de validité du contrôle du contenu du sac d'un salarié par l'employeur : est-il soumis au simple accord de l'intéressé, ou à son accord éclairé tenant à ce qu'il soit informé de la possibilité de refuser ce contrôle ?

Dans toute affaire relative à la licéité du moyen de preuve des faits reprochés au salarié licencié ultérieurement pour faute grave, il s'agit de concilier les libertés et droits individuels du salarié, garantis notamment par les dispositions de l'article L. 120-2 devenu L. 1121-1 du code du travail, issu de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 (« Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles ou collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché »), et reprises de l'article L. 122-35, aujourd'hui L. 1321-3 (institué, lui, par la loi du 4 août 1982), relatives au règlement intérieur, avec le pouvoir de direction de l'employeur qui a le droit de surveiller et de contrôler l'activité de ses salariés pendant le temps du travail.

La cour d'appel avait considéré que la double exigence du texte susvisé, de justification et de proportionnalité de la mesure de contrôle, était remplie en l'espèce, en raison des circonstances précises de vols répétés dans l'entreprise, de la nature de la mesure limitée à un simple contrôle visuel du sac après demande d'ouverture excluant la fouille (critère retenu déjà par Soc., 3 avril 2001, *Bull.* 2001, V, n° 115, pourvoi n° 98-45.818), de la présence de témoins membres de l'entreprise et de l'accord donné par l'intéressé.

La chambre sociale vient ajouter une condition supplémentaire à sa jurisprudence qui exigeait que la fouille du sac à main ait été faite avec l'autorisation du salarié concerné (Soc., 6 mars 2007, pourvoi n° 05-41.004), celle du respect de l'information individuelle du salarié de son droit de refuser le contrôle de son sac, s'inspirant de la jurisprudence administrative (compétente pour statuer sur la légalité des règlements intérieurs) sur les conditions de fouille des sacs, effets et véhicules du personnel (CE, 19 juin 1989, n° 78231, Latécoère; CE, 11 juillet 1990, n° 86022, Griffine-Maréchal, publié au *Recueil Lebon*; CE, 26 novembre 1990, n° 96565, Vincycur) déjà reprise dans un arrêt se fondant sur les dispositions du règlement intérieur (Soc., 8 mars 2005, pourvoi n° 02-47.123). Elle réserve cependant le cas des circonstances exceptionnelles tenant par exemple à la sécurité des personnes ou de l'entreprise, qui permettent ce type de contrôle même en l'absence de consentement du salarié (Soc., 3 avril 2001, *Bull.* 2001, V, n° 115, pourvoi n° 98-45.818).

Code de conduite

Contrat de travail, exécution – Employeur – Pouvoir de direction – Étendue – Restriction aux libertés fondamentales – Restriction à la liberté d'expression – Limites

Soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-17.191, en cours de publication

Cet arrêt traite pour la première fois des conditions de licéité des systèmes d'alerte professionnelle en droit français. Mais il aborde également des questions importantes relatives à la liberté d'expression individuelle ou collective des salariés dans l'entreprise.

À la suite de la loi Sarbanes Oxley promulguée en 2002 aux États-Unis les entreprises cotées à la bourse de New York ont dû satisfaire aux obligations prévues par cette loi, notamment par la mise en place de systèmes d'alerte professionnelle en matière de corruption. Ces systèmes d'alerte supposent la plupart du temps le traitement de données personnelles relevant de la loi Informatique et Libertés. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a, dans une délibération du 8 décembre 2005 n° 2005-305 prise en application de l'article 25 II de la loi Informatique et Libertés n° 78-17 du 6 janvier 1978, décidé d'accorder « une autorisation unique relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositif d'alerte professionnelle ». Cette autorisation précise, dans son article 1, la finalité de ce traitement et, dans son article 3, les données pouvant être recueillies, outre les garanties des personnes concernées (articles 9 et 10). Les entreprises qui mettent en place un tel système d'alerte professionnelle supposant un traitement de données personnelles ne sont plus astreintes à demander une autorisation expresse à la CNIL, mais doivent seulement lui faire parvenir un engagement de conformité à cette autorisation dont celle-ci doit accuser réception.

Avant même que la CNIL n'ait adopté cette délibération la société Dassault systèmes, société mère du groupe Dassault, avait adopté en 2004 un code de conduite des affaires mettant en place un système d'alerte professionnelle et comportant diverses règles concernant l'utilisation ou la diffusion d'informations dont le salarié pouvait avoir connaissance dans le cadre de son contrat de travail.

Une seconde version du code de conduite a été élaborée en 2007 et a fait l'objet du dépôt d'un engagement de conformité à l'autorisation unique du 8 décembre 2005 par lettre du 30 mai 2007. La fédération des travailleurs de la métallurgie CGT qui avait déjà saisi le tribunal de grande instance de demandes tendant à la nullité du code de conduite, version 2004, a également sollicité l'annulation de sa version 2007.

Le syndicat critiquait notamment deux clauses :

– d'abord la clause relative à la diffusion d'informations qualifiées « à usage interne » à laquelle il était reproché d'imposer l'autorisation préalable de leur auteur, la fédération estimant que cette exigence, d'une part, portait atteinte à la liberté d'expression des salariés (article L. 1221-1 du code du travail), d'autre part était susceptible d'entraver aussi le droit d'expression directe et collective des salariés sur le contenu et l'organisation de leur travail et qu'elle était donc nulle;

– ensuite, s’agissant de l’alerte professionnelle mise en œuvre, le syndicat soutenait tout à la fois que son objet n’était pas conforme à l’autorisation unique de la CNIL du 8 décembre 2005 en ce qu’il visait non seulement des faits portant atteinte à la réglementation en matière comptable financière ou de réglementation contre la corruption, mais également des manquements au code de conduite de nature à mettre en jeu l’intérêt vital du groupe ou l’intégrité des personnes de sorte que la société aurait dû demander à la CNIL une autorisation expresse, et que le dispositif d’alerte aurait dû rappeler les exigences des articles 6 et 36, 39 et 40 de la loi du 6 janvier 1978 relatives à l’information des personnes visées par l’alerte et aux droits d’accès et de rectification, exigences d’ailleurs rappelées dans l’autorisation unique. Il en concluait, là encore, à la nullité du système mis en place.

Le tribunal de grande instance de Nanterre, par un jugement du 19 octobre 2007, a fait droit, pour l’essentiel, aux demandes du syndicat sur ces deux points. La cour d’appel de Versailles, par un arrêt du 7 avril 2008, a au contraire rejeté toutes ses prétentions.

Le pourvoi posait la question de l’étendue du droit d’utilisation, par les salariés, d’informations non confidentielles et de l’objet d’un dispositif d’alerte professionnelle organisé sous le régime de l’autorisation unique de la CNIL du 8 décembre 2005.

S’agissant de la première question, l’arrêt du 8 décembre 2009 prend soin de rapporter la teneur exacte de la clause litigieuse. À l’évidence la définition de ces informations était imprécise, les exemples donnés, qui ne sont pas limitatifs, ne permettaient pas de savoir de façon précise ce qui relevait ou non des « informations à usage interne ». Cette imprécision pouvait être source d’une grande insécurité pour les salariés, et ne permettait pas de savoir si la nécessité d’autorisation préalable était ou non justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché, critères toujours exigés lorsqu’il s’agit d’apporter une limite à une liberté du salarié. L’arrêt ne fait que rappeler cette règle essentielle.

Profitant de l’occasion qui lui était offerte, la chambre sociale aborde, dans le même mouvement, la question relative au droit d’expression directe et collective des salariés sur le contenu et l’organisation de leur travail prévu par l’article 2281-1 du code du travail et de ses limitations éventuelles. Le droit d’expression directe des salariés s’exerce dans les conditions légales et ne peut donc pas, en principe, être restreint par la nécessité d’obtenir une autorisation préalable avant de faire état de telle ou telle information portant sur le contenu ou les conditions de travail, pas plus qu’une telle autorisation ne peut limiter les droits des représentants des salariés de faire état de telle ou telle information (sauf lorsqu’il s’agit d’informations confidentielles données comme telles par l’employeur).

Enfin, l’arrêt rapporté tranche pour la première fois la question de la portée de l’autorisation unique du 8 décembre 2005 et de la légalité d’un système d’alerte professionnelle mis en œuvre dans le cadre de ce régime. De ce point de vue, l’enjeu de la discussion devant la Cour de cassation était double : il s’agissait de déterminer, d’abord, si le système d’alerte professionnelle de la société Dassault systèmes entrait ou non dans l’objet de l’autorisation unique du 8 décembre 2005, à défaut de quoi l’engagement de conformité n’était pas suffisant (article 25 I et II de la loi du 6 janvier 1978) et ensuite quelles garanties de fond doivent être prévues dans un dispositif d’alerte professionnelle pour les personnes concernées au regard tant de cette autorisation unique que de la loi du 6 janvier 1978.

En l'absence de toute disposition législative ou réglementaire régissant le champ ou les conditions des alertes professionnelles, lesquelles supposent un traitement de données à caractère personnel, le juge judiciaire ne pouvait se fonder que sur la loi du 6 janvier 1978 et sur le régime des autorisations de la CNIL. L'article 25 de la loi Informatique et Libertés distingue les cas où une autorisation au cas par cas est nécessaire (article 25 I), et ceux où, les destinataires de l'autorisation étant tous dans une situation semblable et les données à traiter de même nature, la CNIL peut prévoir un régime d'autorisation unique (article 25 II), auxquels les intéressés doivent souscrire en adressant à cette autorité un engagement de conformité dont elle accuse réception ; les personnes souhaitant mettre en œuvre un traitement ne répondant pas à la finalité de l'autorisation unique peuvent évidemment toujours solliciter une autorisation préalable en application de l'article 25 I. Or, s'il n'appartient pas au juge judiciaire d'apprécier la validité de l'autorisation unique en elle-même au regard de la loi du 6 janvier 1978, en revanche il est de son office de rechercher si l'acte d'une personne privée entre, au regard de cette loi, dans le domaine de l'autorisation unique dont celle-ci se prévaut, ce qui peut conduire à apprécier la validité de l'acte litigieux au regard de cette autorisation.

L'autorisation unique du 8 décembre 2005, dans son article 1 repris dans l'arrêt commenté, énonce limitativement les objets de l'alerte professionnelle, l'article 3 relatif aux données qui peuvent être recueillies rappelle que seuls les faits entrant dans l'objet de l'article 1 peuvent faire l'objet d'une alerte, ce qui signifie que la personne chargée de son traitement doit écarter toute alerte ayant un objet étranger. Et si cet article 3 prévoit qu'exceptionnellement des faits mettant en jeu l'intérêt vital de l'entreprise ou l'intégrité physique et morale des personnes peuvent aussi faire l'objet d'un traitement, il ne peut en être déduit que, par avance, une entreprise pourrait être autorisée à prévoir que de tels faits, et *a fortiori* des manquements à son code de conduite qui les viserait, peuvent faire l'objet d'une alerte professionnelle, sauf à étendre l'objet de celle-ci au-delà des prévisions de l'article 1. Dès lors qu'il dépassait les limites de l'autorisation unique du 8 décembre 2005, le système d'alerte professionnelle de Dassault systèmes aurait dû faire l'objet de l'autorisation explicite prévue par la loi du 6 janvier 1978, et à défaut n'était pas licite.

L'arrêt rappelle enfin classiquement, s'agissant de garanties des droits des personnes, que le dispositif d'alerte professionnelle doit aussi rappeler explicitement les garanties procédurales relatives aux personnes visées par l'alerte et le droit de rectification prévu par la loi de 1978, afin que celles-ci en soient directement informées. Le laxisme de l'arrêt attaqué méritait une censure ferme sur ce point.

Au-delà de l'aspect technique du débat sur la finalité de l'autorisation unique du 8 décembre 2005 se profile une discussion qu'il appartiendra au législateur de trancher le cas échéant : un système d'alerte professionnelle ne doit-il avoir pour objet que des faits délictueux de nature à porter atteinte à l'intérêt général, ou peut-il porter aussi sur la violation de règles d'entreprise susceptibles de mettre en cause ses intérêts ou son image ?

Accès aux fichiers informatiques

Contrat de travail, exécution – Employeur – Pouvoir de direction – Étendue – Contrôle et surveillance des salariés – Accès au contenu d'un support informatique – Conditions – Détermination

Soc., 15 décembre 2009, pourvoi n° 07-44.264, en cours de publication

Cet arrêt fait la somme de la jurisprudence rendue en matière de TIC (technologies de l'information et de la communication) et de vie privée au travail ces dernières années.

La question de la licéité de l'ouverture par l'employeur de documents électroniques (fichiers ou courriers) contenus dans l'ordinateur d'un salarié a été, en effet, au centre de nombreux arrêts relatifs à des licenciements disciplinaires motivés par des faits fautifs fondés sur ces documents, et mettant en jeu le respect de la vie privée, protégée expressément par les articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil, et L. 1121-1 (ancien article L. 120-2) du code du travail, et indirectement par l'article 9 du code de procédure civile qui consacre la loyauté des preuves ou des procédés de preuve, voire, le cas échéant, le secret des correspondances, sanctionné pénalement par l'article 226-15 du code pénal.

Dans la présente affaire, un salarié a été licencié après la découverte sur son ordinateur professionnel, en son absence, de divers courriers étrangers à son activité professionnelle contenus dans un fichier non identifié comme personnel.

Le salarié se prévalant du caractère illicite de l'ouverture du fichier dont le contenu était manifestement personnel et d'une violation du secret des correspondances, la chambre sociale rappelle tout d'abord sa jurisprudence selon laquelle les fichiers créés par le salarié à l'aide de l'outil informatique mis à sa disposition par l'employeur pour les besoins de son travail étant présumés avoir un caractère professionnel, l'employeur peut y avoir accès hors de sa présence, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels (*Soc.*, 18 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 308, pourvoi n° 04-48.025 ; *Soc.*, 16 mai 2007, pourvoi n° 05-43.455), présomption également posée en matière de connexions électroniques (*Soc.*, 9 juillet 2008, *Bull.* 2008, V, n° 150, pourvoi n° 06-45.800) et de courriers, électroniques (elle sous-tendait déjà l'arrêt *Nikon*, *Soc.*, 2 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 291, pourvoi n° 99-42.942) ou non (*Ch. mixte*, 18 mai 2007, *Bull.* 2007, *Ch. mixte*, n° 3, pourvoi n° 05-40.803), reçus ou établis avec l'ordinateur professionnel.

Relevant que le fichier litigieux avait été intitulé par le salarié « essais divers », la chambre sociale en déduit donc que son ouverture en l'absence de l'intéressé était licite, son identification comme document personnel devant résulter de son intitulé et non de son contenu, ainsi qu'elle a déjà été amenée à le juger dans un précédent arrêt (*Soc.*, 21 octobre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 226, pourvoi n° 07-43.877).

La question de la licéité de l'ouverture du fichier étant ainsi tranchée, la chambre sociale, analysant son contenu, rappelle ensuite, conformément à la jurisprudence d'autres chambres (1^{re} Civ., 16 octobre 2008, *Bull.* 2008, I, n° 225, pourvoi n° 07-11.810) que seuls les courriers à caractère privé sont couverts par le secret des correspondances, pour en conclure

que des lettres adressées à des organismes sociaux et professionnels pour dénoncer le comportement de l'employeur dans sa gestion ne revêtent pas ce caractère, et peuvent donc être retenues au soutien d'une procédure disciplinaire.

Enfin, reprenant sa jurisprudence qui reconnaît au salarié une liberté d'expression ne pouvant être limitée que par l'abus dans son exercice caractérisé par des propos « injurieux, diffamatoires ou excessifs », ou par des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché conformément à l'article L. 1121-1 du code du travail (Soc., 2 mai 2001, *Bull.* 2001, V, n° 142, pourvoi n° 98-45.532; Soc., 30 octobre 2002, pourvoi n° 00-40.868; Soc., 29 novembre 2006, pourvoi n° 04-48.012), la chambre retient que dans ces lettres adressées à des organismes sociaux et professionnels, le salarié jetait le discrédit sur l'employeur en des termes excessifs et injurieux qui justifiaient la rupture immédiate du contrat de travail.

Par cet arrêt, la chambre sociale, s'inspirant de la position du législateur qui, comme le montre la terminologie prudente et équilibrée de l'article L. 1121-1 du code du travail, a cherché à concilier la nécessaire protection des droits du salarié et les tout aussi légitimes intérêts de l'entreprise, a donc maintenu sa perception raisonnable de la question des libertés dans l'entreprise.

3 – Modification dans la situation juridique de l'employeur

Établissement de santé

Contrat de travail, exécution – Employeur – Modification dans la situation juridique de l'employeur – Définition – Transfert d'une entité économique autonome conservant son identité – Entité économique – Notion

Soc., 27 mai 2009, Bull. 2009, V, n° 138, pourvoi n° 08-40.393

En admettant qu'un service d'un établissement de santé puisse constituer une entité économique autonome, distincte de cet établissement, en sorte que son transfert entraîne, pour le personnel qui s'y rattache, un changement d'employeur, la chambre sociale revient sur la position prise le 24 octobre 2000, sur le fondement de dispositions du code de la santé publique (*Bull.* 2000, V, n° 342, pourvoi n° 97-45.944, *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2000, p. 336). Cet arrêt retenait en effet, par référence aux articles L. 710-4 et L. 711-2 du code de la santé publique, alors en vigueur, que ces établissements constituent en eux-mêmes des entités économiques « dont aucun service participant à la prise en charge globale des malades [...] ne peut constituer une entité économique distincte », même si leur gestion est confiée à un tiers (en l'occurrence était en cause l'externalisation du service des repas aux patients, d'aide à la cuisine et de ménage des chambres).

Plusieurs raisons peuvent expliquer cette évolution. Tout d'abord, elle s'inscrit dans le cadre de l'interprétation donnée le 20 novembre 2003 par la Cour de justice des Communautés européennes de la Directive 77/197/CEE, du 14 février 1977, remplacée depuis par la Directive du 12 mars 2001 (n° 2001/23/CE) ici applicable. Dans une situation similaire, qui concernait l'attribution à un nouveau prestataire extérieur de la gestion de la restauration dans un

hôpital, la Cour de Luxembourg a retenu que cette Directive devait s'appliquer dès lors que ce prestataire utilise d'importants éléments d'actifs corporels précédemment utilisés par un autre et mis à leur disposition par l'établissement de santé. Il n'était donc plus possible, au regard de cette interprétation du texte européen, de continuer à exclure de son champ d'application, qui comprend les transferts d'entreprise ou de partie d'entreprise, le service d'un établissement de santé réunissant les conditions qui caractérisent l'entité économique autonome, pour la seule raison qu'il participe de la prise en charge globale des malades. La chambre sociale avait d'ailleurs apporté quelques atténuations à la règle posée en 2000, en admettant par exemple que l'article L. 122-12, alinéa 2 (L. 1224-1) du code du travail puisse recevoir application en cas de cession du service de radiologie d'une clinique (Soc., 16 janvier 2001, *Bull.* 2001, V, n° 6, pourvoi n° 98-45.143). Il avait aussi été admis, de manière implicite, que le changement du titulaire d'un service mobile d'urgence et de réanimation confié par un hôpital à une entreprise privée pouvait relever de l'article L. 122-12 du code du travail (Soc., 25 juin 2002, *Bull.* 2002, V, n° 216, pourvoi n° 01-41.848).

Par ailleurs, dans un arrêt rendu le 10 octobre 2006 (*Bull.* 2006, V, n° 296, pourvoi n° 04-43.453), la chambre sociale a jugé que, pour la mise en œuvre de l'article L. 122-12, l'existence d'une entité économique autonome est indépendante des règles d'organisation et de gestion du service au sein duquel s'exerce l'activité. Ce motif de portée générale avait vocation à s'appliquer en tout domaine et ne permettait plus d'écarter les cessions partielles d'établissements de santé en raison des particularités de leur mode de fonctionnement, tel qu'il est déterminé par le code de la santé publique. Au demeurant, la nouvelle rédaction de ce code ne fait apparaître la notion de prise en charge des malades qu'au titre de l'évaluation, de l'accréditation des établissements et de l'analyse de leur activité (L. 6113-2). On peut donc douter que cette notion impose de considérer que tous les services d'un établissement de santé, fussent-ils autonomes, constituent un ensemble indivisible, au regard du code du travail, alors même que le code de la santé publique autorise la délégation de certaines activités de soins à des intervenants extérieurs.

Enfin, il n'est pas certain que la position prise en 2000 réponde toujours à l'objectif de stabilité de l'emploi que doit assurer la législation sociale des transferts d'entreprise, d'origine nationale ou européenne. Lorsque l'activité en cause concerne un service qui ne nécessite pas l'emploi d'un personnel ayant des compétences médicales, son externalisation peut conduire l'établissement de santé, si les contrats de travail du personnel qui y est attaché ne sont pas transmis au prestataire extérieur, à se séparer de ces salariés, faute de pouvoir leur trouver un emploi approprié.

En l'espèce, la cour d'appel avait constaté que le service de restauration des patients et du personnel de l'établissement réunissait un ensemble organisé de moyens matériels et humains affectés à cette activité spécifique et que la poursuite de cette activité par un prestataire extérieur s'était accompagnée du transfert à ce dernier des moyens d'exploitation nécessaires. Ces constatations étaient de nature à établir l'existence d'un transfert d'entreprise.

Reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif

Contrat de travail, exécution – Employeur – Modification dans la situation juridique de l'employeur – Définition – Transfert d'une entité économique autonome conservant son identité – Entité économique – Reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif – Proposition aux salariés repris d'un contrat de droit public – Refus du salarié – Portée

Soc., 30 septembre 2009, Bull. 2009, V, n° 212, pourvoi n° 08-40.846

1) Avant que la loi du 26 juillet 2005 (n° 2005-843), dont est issu l'article L. 1224-3 du code du travail, ne règle cette question et depuis que la chambre sociale a admis l'application de l'article L. 122-12 du code du travail (L. 1224-1) dans le cas où l'entité économique est transférée à une personne publique gérant un service public administratif (*Soc.*, 25 juin 2002, *Bull.* 2002, V, n° 209, pourvois n° 01-43.467 et 01-43.477 à 01-43.499), il est admis, d'une part, que le litige auquel peut donner lieu ce changement d'employeur relève du juge judiciaire tant que l'intéressé n'a pas été placé sous un régime de droit public, y compris lorsque le différend porte sur la rupture du contrat de travail consécutive au refus de la proposition d'emploi de la personne publique (Tribunal des conflits, 19 janvier 2004, commune de Saint-Chamond, *Bull.* 2004, T. conflits, n° 3; *Soc.*, 23 octobre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 170, pourvoi n° 06-45.289); d'autre part, qu'il incombe à la personne publique de prendre position sur la poursuite du contrat de travail en cours ou sur le choix d'un statut de droit public, soumis au consentement du salarié repris, et en cas de refus du statut proposé, de rompre le contrat de travail (CE, 22 octobre 2004, n° 245154, Lamblin, publié au *Recueil Lebon*). La loi du 26 juillet 2005 a supprimé cette option, en imposant à la personne publique de proposer un contrat de droit public aussi proche que possible du contrat antérieur, un refus du salarié devant entraîner nécessairement son licenciement, « dans les conditions prévues » par le code du travail et par le contrat (L. 1224-3). Il apparaît ainsi clairement que le législateur a entendu faire du refus du salarié une cause spécifique de rupture du contrat de travail, liée à la nécessité de changer de statut et à l'impossibilité dans laquelle se trouve la personne publique de poursuivre le contrat en cours, lorsque le salarié n'accepte pas le changement de statut que le transfert implique. Cette possibilité est d'ailleurs envisagée par la Cour de justice des Communautés européennes, qui en déduit que la résiliation du contrat de travail résultant du refus d'une modification du contrat liée au transfert doit être considérée comme survenue du fait de l'employeur (CJCE, 11 novembre 2004, Delahaye c. ministre de la fonction publique et de la réforme administrative, affaire n° C-425/02), ainsi que le prévoit l'article 4 de la Directive 2001/23/CE, du 12 mars 2001. Mais la loi de 2005 ne prenant pas position sur la nature de ce licenciement et se bornant à renvoyer aux conditions prévues « par le droit du travail » (article 20 de la loi) ou « par le présent code » (article L. 1224-3), la question s'est posée de savoir si l'employeur public est tenu de respecter les procédures et obligations applicables en cas de licenciement économique collectif ou individuel. Le nouvel article L. 1233-1 du code du travail paraît l'exclure, puisqu'il ne déclare les dispositions du chapitre sur les licenciements économiques applicables qu'aux seules entreprises publiques et aux établissements publics industriels et commerciaux. Mais les textes en vigueur avant la recodification ne revêtaient pas une portée aussi générale et

si l'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi était écarté (L. 321-2, L. 321-4-1), il n'était pas évident que le motif de rupture, non inhérent à la personne du salarié, échappe à la qualification de motif économique et au régime qui en découle. L'arrêt prend position sur ce point, en réponse à un moyen qui reprochait à la cour d'appel d'avoir écarté cette qualification, pour exclure toute obligation de reclassement à la charge de la personne publique. Il retient que cette cause de rupture particulière ne relève pas des dispositions propres aux licenciements pour motif économique. Il ne paraît en effet pas raisonnable de subordonner le licenciement d'un salarié qui refuse de changer de statut à une recherche de reclassement que ce refus rend impossible, alors que la loi impose en ce cas à l'employeur de mettre fin au contrat de travail en cours, créant ainsi une véritable obligation de licencier à la charge de la personne publique. La loi de 2005 a en réalité introduit une nouvelle cause de licenciement *sui generis* prenant en compte le régime dérogatoire auquel est soumis le personnel de l'administration publique et les conséquences qui en résultent pour les salariés employés dans des conditions de droit privé. L'arrêt ajoute d'ailleurs que le refus du changement de statut constitue à lui seul une cause de rupture, ce qui signifie, au regard du moyen, que l'incapacité au travail du salarié, pour raison de santé, n'empêche pas cette cause de rupture de produire ses effets.

2) Le changement d'employeur résultant du transfert d'une entité économique autonome se réalise dès le jour du transfert, de sorte que, par le seul effet de la loi, le salarié passe aussitôt sous la direction du cessionnaire, sans qu'il soit possible aux parties de différer les effets du transfert sur le contrat de travail (CJCE, 26 mai 2005, *Celtec Ltd c. John Astley e. a.*, affaire n° C-478/03; Conseil d'État, 4 avril 2005, n° 258543 et 258545, commune de Reichshoffen : la personne publique devient l'employeur « dès que le transfert est effectivement intervenu »). Ainsi, en l'espèce, la nouvelle organisation du service d'aide aux personnes handicapées, impliquant le transfert du service à la Maison du handicap départementale, ayant pris effet au 1^{er} janvier 2006, c'est à cette date que devait s'opérer le changement d'employeur, quels que soient les arrangements convenus à cette occasion. Ce qui s'était produit après cette date, dans l'exécution du contrat de travail, incombait donc normalement au nouvel employeur, qui devait en supporter les conséquences. Mais la cour d'appel ayant constaté qu'en réalité la salariée était restée sous la subordination effective de la fondation, la qualité de coemployeur qui en résultait pouvait justifier que celle-ci fût condamnée au paiement de salaires et de dommages-intérêts au titre d'un harcèlement subi au cours de l'année 2006.

4 – Contrats particuliers

Contrat d'apprentissage

Formation professionnelle – Apprentissage – Contrat – Rupture – Modalités – Résiliation unilatérale – Conditions – Délai de deux mois – Enregistrement du contrat à la date de la résiliation – Défaut – Portée

Soc., 30 septembre 2009, Bull. 2009, V, n° 216, pourvoi n° 08-40.362

Selon les dispositions applicables à l'époque, le contrat d'apprentissage devait être adressé par l'employeur au plus tard dans le délai d'un mois (aujourd'hui de cinq jours) à compter de la date du début de l'apprentissage au service chargé de l'enregistrement aux fins de vérifier

sa conformité aux conditions légales, ce dernier disposant d'un délai de quinze jours pour se prononcer et l'enregistrement étant de droit à défaut.

Sachant que la chambre sociale a déduit des dispositions de l'article L. 6224-3 (ancien article L. 117-14) du code du travail que la sanction du défaut d'enregistrement du contrat d'apprentissage est sa nullité et que les parties se trouvent en conséquence soumises *ab initio* au droit commun du contrat de travail (Soc., 21 mars 2000, pourvoi n° 97-44.369; Soc., 10 mai 2001, pourvoi n° 99-42.982), l'apprenti soutenait dans cette affaire que le défaut d'enregistrement de son contrat d'apprentissage à la date de sa résiliation par l'employeur, survenue moins d'un mois après sa conclusion, interdisait à ce dernier de se prévaloir des dispositions de l'article L. 6222-18, alinéa premier (ancien article L. 117-17) du code du travail qui autorisent la résiliation unilatérale du contrat d'apprentissage « durant les deux premiers mois de l'apprentissage ».

La chambre sociale, s'appuyant sur la lettre même du texte, qui ne pose aucun préalable d'enregistrement à la mise en œuvre de cette résiliation puisqu'il prévoit au contraire que celle-ci peut avoir lieu durant les deux premiers mois « de l'apprentissage », c'est-à-dire selon le critère factuel de l'exécution du contrat d'apprentissage et non le critère juridique de sa conclusion, ainsi que sur l'esprit général des textes en la matière qui ne fait pas obstacle à ce que le contrat d'apprentissage puisse commencer à recevoir exécution avant même son enregistrement, a décidé dans cet arrêt que la résiliation unilatérale du contrat d'apprentissage par l'une ou l'autre des parties était possible durant les deux premiers mois de l'apprentissage, même si le contrat n'a pas encore été enregistré à cette date.

Cette solution donne son plein effet au texte en permettant à chacune des parties de résilier sans motif et sans formalité le contrat d'apprentissage pendant toute la durée de la procédure d'enregistrement sans les soumettre à la diligence de l'organisme d'enregistrement, la période litigieuse des deux mois devant être comprise comme une sorte de période d'essai qui ne peut se comprendre que si elle démarre avec la prise d'effet du contrat, la rupture étant, passé ce délai, strictement encadrée par le deuxième alinéa de l'article L. 6222-18 du code du travail.

B – Durée du travail et rémunérations

1 – Durée du travail, repos et congés

Convention de forfait en jours

Travail, réglementation, durée du travail – Convention de forfait – Convention de forfait sur l'année – Convention de forfait en jours sur l'année – Nombre de jours travaillés – Preuve – Charge – Portée
Soc., 23 septembre 2009, Bull. 2009, V, n° 200, pourvoi n° 08-41.377

La chambre sociale complète à l'occasion de cet arrêt sa jurisprudence relative à la conclusion et à la mise en œuvre des conventions de forfait en jours sur l'année.

Elle a déjà jugé que, pour qu'un salarié puisse se voir appliquer une telle convention, il doit remplir les conditions fixées par les articles L. 3121-47 à 49, et notamment disposer d'une large autonomie dans l'organisation de son emploi du temps (Soc., 26 mai 2004, *Bull.* 2004, V, n° 143, pourvoi n° 02-18.756 et Soc., 31 octobre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 180, pourvoi n° 06-43.876). La convention doit par ailleurs être écrite (Soc., 26 mars 2008, *Bull.* 2008, V, n° 71, pourvoi n° 06-45.990). La chambre a précisé les modalités de décompte des retenues pour fait de grève en cas d'absence inférieure à la journée ou à la demi-journée (Soc., 13 novembre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 211, pourvoi n° 06-44.608 et Soc., 4 mars 2009, *Bull.* 2009, V, n° 56, pourvois n° 07-45.291 à 07-45.295), jugé sous l'empire des anciens articles L. 3121-47 et suivants du code du travail que l'accord collectif instituant la convention de forfait en jours devait comporter les modalités de contrôle, de suivi et d'application de la convention de forfait en jours.

L'essentiel de cette jurisprudence, à l'exception sans doute du dernier aspect qui a fait l'objet d'une modification par la loi du 20 août 2008, reste pertinent.

Tel est le cas également de la solution retenue par la chambre à l'occasion du pourvoi formé par un salarié contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait rejeté sa demande de rappel de salaire au titre de jours travaillés au-delà des 215 jours annuels prévus par la convention de forfait en jours qui lui était applicable.

La cour d'appel avait en effet statué en énonçant qu'il appartenait au salarié d'apporter la preuve de ce qu'il avait travaillé au-delà des 215 jours convenus.

La chambre sociale censure cet arrêt en estimant qu'il convient d'appliquer aux litiges relatifs aux jours travaillés dans le cadre d'une convention de forfait en jours le même régime de la preuve, « équilibré », que celui prévu par le code du travail en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies (article L. 3171-4 du code du travail). Dès lors, la jurisprudence qu'elle a élaborée dans le cadre d'un décompte en heures sera applicable dans l'hypothèse d'un décompte en jours.

2 – Rémunérations

Maîtres agréés des établissements d'enseignement privé

Enseignement – Enseignement libre – Établissement – Établissement lié à l'État par un contrat simple – Personnel enseignant agréé – Salaire – Principe d'assimilation et d'équivalence de la rémunération avec celle des instituteurs de l'enseignement public – Objet – Détermination – Portée
Soc., 30 septembre 2009, Bull. 2009, V, n° 215, pourvoi n° 07-42.694

La loi, dite Debré, du 31 décembre 1959, sur les rapports entre l'État et les établissements d'enseignement privé a distingué trois catégories d'enseignants pouvant exercer dans les établissements ayant passé un contrat avec l'État : les maîtres agréés exerçant dans les classes sous contrat simple, les maîtres de l'enseignement public et les maîtres liés à l'État par contrat et exerçant dans les classes sous contrat d'association.

La présente affaire est relative à la situation d'un maître agréé affecté dans un établissement sous contrat simple, dont la rémunération est prise en charge par l'État, dont la carrière est calquée sur celle d'un enseignant du secteur public et qui est lié avec l'établissement, qui procède à son recrutement, par un contrat de travail. La Cour de cassation était saisie de la question de savoir si un maître agréé, exerçant dans un établissement sous contrat simple, pouvait, ou non, prétendre au bénéfice d'une indemnité prévue par les dispositions d'une convention collective applicable à son employeur, en l'espèce celle des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 octobre 1951.

La chambre sociale de la Cour de cassation avait considéré que le principe d'équivalence de la rémunération des maîtres contractuels ou agréés des établissements d'enseignement privé sous contrat avec celle des instituteurs de l'enseignement public concernait uniquement les traitements, avantages et indemnités attribués par l'État et qu'il en résultait que les maîtres agréés travaillant dans un établissement privé spécialisé pour enfants handicapés ne pouvaient prétendre à l'indemnité de logement due aux maîtres de l'enseignement mis à sa disposition (Soc., 13 février 1991, *Bull.* 1991, V, n° 72, pourvoi n° 88-41.755). Mais, dans le cadre du rapport résultant du contrat de travail, la chambre sociale avait reconnu aux maîtres agréés qui cessaient leurs fonctions volontairement et quittaient volontairement l'entreprise pour bénéficier d'un avantage de retraite le droit de réclamer à leur employeur, établissement d'enseignement privé sous contrat simple, l'indemnité prévue par l'alinéa premier de l'article L. 122-14-13 du code du travail (Soc., 10 novembre 1992, *Bull.* 1992, V, n° 542, pourvoi n° 89-45.174). De même, l'établissement privé est tenu d'assurer le paiement de l'indemnité légale de départ à la retraite (Soc., 4 février 1988, *Bull.* 1988, V, n° 97, pourvoi n° 85-40.218).

Par le présent arrêt, la chambre sociale a tout d'abord rappelé que le principe d'assimilation et d'équivalence de la rémunération des maîtres agréés des établissements d'enseignement privé sous contrat simple avec celle des instituteurs de l'enseignement public ne concernait que les traitements, avantages et indemnités attribués par l'État, et non les indemnités à la charge de leurs employeurs privés. Elle a donc approuvé la cour d'appel qui avait décidé que l'employeur devait régler à son salarié l'indemnité prévue par la convention collective applicable, peu important que la convention conclue avec l'État n'ait pas énoncé de sujétion particulière à l'emploi.

Gratification bénévole

Travail, réglementation, rémunération – Salaire – Définition – Exclusion – Gratification bénévole – Condition

Soc., 14 octobre 2009, Bull. 2009, V, n° 224, pourvoi n° 07-45.587

La chambre sociale a eu à statuer sur le caractère de salaire, au sens des textes relatifs aux indemnités de rupture et de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (articles L. 1234-5, L. 1234-9, L. 1235-3, L. 3141-22 du code du travail et 16 de l'avenant cadres à la convention collective nationale du commerce succursaliste de la chaussure du 2 juillet 1968), d'une gratification versée par un employeur à ses cadres dirigeants à l'occasion d'une opération de cession de capital ayant nécessité une forte mobilisation de leur part.

Un des salariés bénéficiaires de cette gratification qui avait été licencié un mois après l'avoir perçue, et fait juger son licenciement sans cause réelle et sérieuse, avait demandé que ce bonus exceptionnel soit pris en compte dans l'assiette de calcul des indemnités de rupture et de l'indemnité minimale due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Mais la chambre sociale décide qu'il n'y avait pas lieu de prendre en compte ce bonus exceptionnel pour le calcul de ces indemnités, dès lors que le conseil d'administration en avait fixé discrétionnairement la liste des bénéficiaires et les montants, et que ces gratifications avaient été octroyées de façon exceptionnelle à l'occasion d'un événement unique.

Ce faisant, la chambre sociale, qui statue dans le seul champ des articles précités, indique que la réunion des deux critères mis en œuvre dans cette décision permet d'écarter la qualification de salaire d'une gratification.

Sanction pécuniaire

Contrat de travail, exécution – Employeur – Pouvoir disciplinaire – Sanction – Sanction prohibée – Applications diverses

Soc., 11 février 2009, Bull. 2009, V, n° 42, pourvoi n° 07-42.584

La question portait sur la licéité de l'exclusion, par un accord d'entreprise, de la prime de fin d'année au salarié licencié disciplinairement.

Sachant que l'article L. 122-40, devenu L. 1331-1, du code du travail définit notamment comme sanction toute mesure « de nature à affecter la rémunération », ne constitue une sanction pécuniaire illicite au sens de l'article L. 122-42, devenu L. 1331-2, du code du travail que celle qui remet en cause un avantage de rémunération acquis ou qui impose au salarié en faute le versement d'une somme d'argent, c'est-à-dire, selon la circulaire du 15 mars 1983, la sanction « qui se traduit par une retenue sur salaire à l'encontre d'une personne qui a normalement fourni sa prestation de travail ». Le principe est souvent rappelé par la jurisprudence (*Soc.*, 7 mai 1991, *Bull.* 1991, V, n° 219, pourvoi n° 87-43.350; *Soc.*, 16 février 1994, *Bull.* 1994, V, n° 56, pourvoi n° 90-45.915; *Soc.*, 2 avril 1997, *Bull.* 1997, V, n° 136, pourvoi n° 94-43.352; *Soc.*, 4 juin 1998, *Bull.* 1998, V, n° 296, pourvoi n° 95-45.167; *Soc.*, 20 décembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 392, pourvoi n° 05-45.365 : « La suppression d'une prime en raison de faits considérés comme fautifs par l'employeur constitue une sanction pécuniaire illicite »).

Mais, dans les hypothèses visées par la jurisprudence, la suppression de l'élément de rémunération résultait soit directement d'une mesure disciplinaire unilatérale, soit de l'application d'une note de service (non soumise au contrôle de l'inspecteur du travail comme le règlement intérieur) ou plus généralement de la politique d'attribution des primes d'objectifs dans l'entreprise, soit encore d'une stipulation contractuelle (*Soc.*, 23 janvier 2001, pourvoi n° 98-42.162; *Soc.*, 12 décembre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 416, pourvoi n° 98-44.760). Or, on sait que l'alinéa 2 de l'article L. 122-42 répute non écrite toute disposition ou stipulation contraire à l'interdiction des sanctions pécuniaires, si bien que règlements intérieurs (CE, 12 juin 1987, n° 81252, *Dr. soc.* 1987, p. 651, note Savatier) ou contrats de travail sont nécessairement soumis.

En est-il de même quand la privation de l'élément de rémunération résulte de l'application de dispositions conventionnelles obligatoires pour l'employeur ? Par l'arrêt du 11 février 2009 (*Bull.* 2009, V, n° 42, pourvoi n° 07-42.584), la chambre sociale a décidé que rien ne permet d'exclure du champ d'application de l'alinéa 2 de l'article L. 1331-2 les dispositions conventionnelles prévoyant la suppression du paiement d'un élément de rémunération en cas de faute du salarié, puisque les accords collectifs sont soumis à la loi d'ordre public.

Travail égal, salaire égal

Travail, réglementation, rémunération – Salaire – Égalité des salaires – Atteinte au principe – Cas – Différence de montant du complément de rémunération versé pour rétribuer le niveau de fonction et la maîtrise du poste – Condition

Ass. plén., 27 février 2009, Bull. 2009, Ass. plén., n° 2, pourvoi n° 08-40.059

Estimant, au vu de ses bulletins de paie, qu'il n'avait pas perçu le même montant d'une prime bi-annuelle servie aux agents de la poste ayant la qualité de fonctionnaire, un salarié entré au service de La Poste selon un contrat de travail à durée indéterminée a saisi avec d'autres salariés de droit privé le conseil de prud'hommes de Lyon pour demander le paiement d'un rappel de cette prime, outre l'indemnité incidente de congés payés ainsi que des dommages-intérêts.

Par jugement du 6 février 2004, le juge départiteur a débouté le salarié en estimant que le principe « à travail égal, salaire égal » n'avait pas été méconnu dès lors qu'il ne se trouvait pas dans une situation identique vis-à-vis de son employeur à celle d'un agent fonctionnaire.

Par arrêt du 25 février 2005, la cour d'appel de Lyon a réformé le jugement considérant « que La Poste ne justifie pas par la seule référence à des différences de statut juridique, de recrutement et d'évolution de carrière que le salarié ne soit pas placé dans une situation identique à celles des autres agents de droit public ayant des fonctions similaires et qu'elle n'apporte aucun élément laissant apparaître un niveau de fonction et de responsabilité différent, des conditions de travail distinctes ou une disparité s'expliquant par l'intérêt général de l'entreprise ».

La chambre sociale, par arrêt du 21 décembre 2006, a cassé la décision de la cour d'appel de Lyon au motif que « les agents contractuels dont la rémunération résultait des négociations salariales annuelles dans le cadre de la convention collective ne se trouvaient pas dans une situation identique à celles des fonctionnaires avec lesquels ils revendiquaient une égalité de traitement ».

Statuant sur renvoi, la cour d'appel de Grenoble, par arrêt du 21 novembre 2007, a statué dans le même sens que la cour d'appel de Lyon en retenant « qu'une différence de statut juridique entre salariés effectuant un travail de même valeur au service du même employeur ne suffisait pas, à elle seule, à caractériser une différence de situation au regard de l'égalité de traitement en matière de rémunération; qu'une différence de traitement entre des salariés placés dans une même situation doit reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence ».

L'assemblée plénière alors saisie a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt.

Elle affirme que la différence de statut public/privé peut justifier une différence de traitement mais considère qu'en l'espèce, s'agissant d'une prime attribuée par le directeur de La Poste aux deux catégories de salariés, la différence de statut ne suffit pas à justifier la différence de montant de la prime versée à des salariés exerçant les mêmes fonctions dans des conditions identiques.

L'arrêt précise les conditions qui doivent être réunies pour permettre une comparaison utile entre les salariés de statut différent :

- il est possible d'isoler une partie de la rémunération ;
- il faut vérifier si une autorité unique a le pouvoir de fixer, pour l'ensemble du personnel, la partie de la rémunération en cause ;
- cette partie doit être fixée sur le critère de la fonction ou du poste de travail occupé ;
- les personnels concernés doivent exercer les mêmes fonctions dans les mêmes conditions.

Si ces éléments sont réunis, l'employeur, sur qui porte la charge de la preuve, doit établir l'existence de raisons objectives et pertinentes justifiant la différence de traitement constatée.

Travail, réglementation, rémunération – Salaire – Égalité des salaires – Atteinte au principe – Cas – Différence de rémunération motivée par l'entrée en vigueur d'un accord collectif – Condition

Soc., 4 février 2009, Bull. 2009, V, n° 35, pourvois n° 07-41.406 à 07-41.410

Voir le commentaire *infra*, rubrique égalité de traitement, discrimination, harcèlement (D), égalité de traitement (1), p. 343.

C – Santé et sécurité au travail

Inaptitude et avis du médecin du travail

Travail, réglementation, santé et sécurité – Services de santé au travail – Examens médicaux – Conclusion du médecin du travail – Avis sur l'aptitude – Contestation – Recours administratif devant l'inspecteur du travail – Défaut – Portée

Soc., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-42.674, en cours de publication

Par cet arrêt, la Cour de cassation précise, dans la ligne de précédents (*Soc.*, 2 février 1994, *Bull.* 1994, V, n° 43, pourvoi n° 88-42.711 ; *Soc.*, 22 octobre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 337, pourvoi n° 93-43.787 ; *Soc.*, 9 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 313, pourvoi n° 98-46.144 ; *Soc.*, 29 septembre 2004, pourvoi n° 02-44.831 ; *Soc.*, 19 décembre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 222, pourvoi n° 06-46.147), les conditions d'application des dispositions du code du travail régissant la situation d'un salarié déclaré par le médecin du travail, soit apte, fût-ce avec réserves, à son poste de travail, soit inapte à ce poste.

L'article L. 4624-1 du code du travail habilite le médecin du travail à proposer des mesures individuelles telles que mutations ou transformations de poste, notamment justifiées

par l'état de santé physique et mentale des travailleurs, impose à l'employeur de prendre en considération ces mesures et, en cas de refus, de faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite et dispose qu'en cas de difficulté ou de désaccord l'employeur ou le salarié peut exercer un recours devant l'inspecteur du travail.

Rappelant la faculté d'exercice d'un tel recours légal, la chambre sociale, qui vise également l'article L. 1226-8 du code du travail régissant l'hypothèse dans laquelle un salarié est, à l'issue des périodes de suspension définies à l'article L. 1226-7 de ce code, déclaré apte par le médecin du travail, réaffirme le principe selon lequel l'avis du médecin du travail sur l'aptitude du salarié à occuper un poste de travail s'impose aux parties, les juges du fond n'ayant pas le pouvoir de substituer leur appréciation à celle du médecin du travail.

Elle censure ainsi au visa des articles L. 1226-8 et L. 4624-1 du code du travail un arrêt d'une cour d'appel qui, pour rejeter la demande en dommages et intérêts d'un salarié licencié pour inaptitude physique d'origine professionnelle, retenait, après avoir relevé que le médecin du travail avait déclaré le salarié apte avec restrictions, que celles-ci étaient telles que tout poste pouvant être proposé emportait au moins pour partie modification du contrat de travail et que, sous couvert d'aptitude avec restrictions, ce salarié avait été déclaré inapte à son emploi.

Cette solution de principe renforce le caractère exclusif de la voie de recours légale, originale en ce qu'elle prévoit l'intervention de l'inspecteur du travail dans un domaine médical. En effet, une partie qui n'a pas entendu exercer un tel recours ne saurait tendre, par le biais d'une interprétation du juge judiciaire, à une solution qui aurait pu résulter de l'exercice de ce recours.

Recommandations du médecin du travail

Contrat de travail, rupture – Prise d'acte de la rupture – Prise d'acte par le salarié – Effets – Rupture du contrat au jour de la prise d'acte – Portée – Applications diverses – Rétractation – Impossibilité

Soc., 14 octobre 2009, Bull. 2009, V, n° 221, pourvoi n° 08-42.878

L'employeur, tenu d'une obligation de sécurité de résultat, doit en assurer l'effectivité. Il doit prendre en compte les recommandations du médecin du travail et, en cas de refus, faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite. Il en résulte que, lorsque le salarié fait valoir que l'employeur n'a pas adapté son poste de travail conformément aux recommandations du médecin du travail, il appartient à l'employeur de justifier qu'il a procédé à une telle adaptation.

Voir le commentaire *infra*, rubrique rupture du contrat de travail (G), prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire (1), p. 366.

D – Égalité de traitement, discrimination, harcèlement

1 – Égalité de traitement

Entrée en vigueur d'un accord collectif

Travail, réglementation, rémunération – Salaire – Égalité des salaires – Atteinte au principe – Cas – Différence de rémunération motivée par l'entrée en vigueur d'un accord collectif – Condition

Soc., 4 février 2009, Bull. 2009, V, n° 35, pourvois n° 07-41.406 à 07-41.410

Cet arrêt a permis à la chambre de préciser sa jurisprudence sur le principe « à travail égal, salaire égal » en matière d'accords collectifs, qui doivent assurer son application.

L'égalité de traitement que l'employeur est tenu de respecter à l'égard des salariés qui se trouvent dans des situations comparables, notamment en matière de rémunération, est consacrée depuis un arrêt rendu le 29 octobre 1996 (*Soc., 29 octobre 1996, Bull. 1996, V, n° 359, p. 255, pourvoi n° 92-43.680*).

Ce principe n'est pas absolu et permet à l'employeur de pratiquer des différences de rémunération entre les salariés, dès lors que celles-ci sont justifiées par des raisons objectives, vérifiables et étrangères à toute discrimination prohibée.

Ont été considérées comme des raisons objectives les différences de traitement liées notamment :

- à l'ancienneté dès lors qu'elle ne donne pas lieu au versement d'une prime distincte du salaire (*Soc., 20 juin 2001, pourvoi n° 99-43.905*);
- à la date d'embauche lorsque celle-ci conditionne l'application de statuts collectifs différents (*Soc., 11 décembre 2002, pourvoi n° 00-46.800*), d'un accord de réduction du temps de travail (*Soc., 1^{er} décembre 2005, Bull. 2005, V, n° 346, pourvoi n° 04-41.277*).

Il en est de même des différences liées à la qualité du travail fourni (*Soc., 26 novembre 2002, Bull. 2002, V, n° 354, pourvoi n° 00-41.633*), à l'exécution de tâches différentes (*Soc., 13 mars 2002, pourvoi n° 00-42.536*), aux spécificités techniques du poste de travail (*Soc., 8 janvier 2003, pourvoi n° 00-41.228*), aux responsabilités assumées par le salarié (*Soc., 11 janvier 2005, pourvoi n° 03-15.258*), à l'expérience professionnelle qu'il a acquise (*Soc., 15 novembre 2006, Bull. 2006, V, n° 340, pourvoi n° 04-47.156*), à l'appartenance des intéressés à des établissements ou des entreprises distincts (*Soc., 6 juillet 2005, Bull. 2005, V, n° 235, pourvoi n° 03-43.074*; *Soc., 18 janvier 2006, Bull. 2006, V, n° 17, pourvoi n° 03-45.422*).

Un arrêt a également retenu qu'une différence de statut juridique pouvait autoriser l'employeur à consentir un salaire plus élevé, au bénéfice d'une catégorie particulière de salariés (intermittents en l'espèce : *Soc., 28 avril 2006, Bull. 2006, V, n° 152, pourvoi n° 03-47.171*).

Cette même solution a été consacrée à propos du personnel d'une même entreprise relevant, dans un cas, de contrats de droit privé et, dans l'autre, du statut de fonctionnaire (*Soc., 11 octobre 2005, pourvois n° 04-43.024 à 04-43.027, RJS 2005, n° 1208*; *Soc., 21 décembre 2006, pourvois n° 05-41.919 et 05-41.948 à 05-41.953*).

La chambre sociale, dans trois décisions des 15 et 16 mai 2007 (Soc., 15 mai 2007, *Bull.* 2007, V, n° 75, pourvois n° 05-42.894 et 05-42.895; Soc., 15 mai 2007, pourvoi n° 05-42.893 et Soc., 16 mai 2007, pourvoi n° 05-44.033), a apporté toutefois un tempérament aux causes de dérogation au principe « à travail égal, salaire égal ».

Ainsi, le fait pour des salariés assurant le même travail de relever de statuts juridiques différents (pourvois n° 05-42.893, 05-42.894 et 05-42.895, à propos de formateurs rémunérés à la vacation et formateurs permanents) ou de posséder ou non un diplôme (pourvoi n° 05-44.033 à propos de médecins du travail) ne suffit pas en soi à constituer une différence de situation excluant l'égalité de traitement.

En outre, notre chambre énonce qu'une inégalité de rémunération doit être justifiée par des raisons objectives et matériellement vérifiables, dont il appartient au juge de contrôler concrètement la réalité et la pertinence, sans pouvoir se contenter, comme l'avaient fait les cours d'appel (pourvois n° 05-42.893 et n° 05-42.894), de considérations d'ordre général.

Un arrêt du 21 février 2007 (*Bull.* 2007, V, n° 27, pourvoi n° 05-43.136) a souligné « qu'au regard du respect du principe à travail égal, salaire égal, la seule circonstance que les salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des différences de traitement entre eux, pour autant que cet accord collectif n'a pas pour objet de compenser un préjudice subi par les salariés présents dans l'entreprise lors de son entrée en vigueur ».

S'agissant des inégalités de traitement consécutives à des différences de parcours professionnels, la chambre a récemment infléchi sa jurisprudence; dans une série d'arrêts du 3 mai 2006 concernant un protocole d'accord du 14 mai 1992 relatif à une nouvelle classification des emplois des organismes de sécurité sociale et de leurs établissements à compter du 1^{er} janvier 1993, dont l'application avait entraîné une disparité de rémunération entre des salariés de même qualification exerçant le même emploi, elle avait considéré que le parcours professionnel spécifique entre des salariés promus, pris en considération par les accords collectifs dans le but de favoriser la promotion professionnelle, constituait une justification objective de la différence de rémunération par rapport à leurs collègues, qui n'étaient pas ainsi dans une situation juridique identique, de sorte que le principe « à travail égal, salaire égal » n'avait pas été méconnu.

L'arrêt du 4 février 2009 concernant le même protocole d'accord approuve, au contraire, une cour d'appel d'avoir décidé que des salariées pouvaient revendiquer le bénéfice de la rémunération, supérieure à la leur, de l'une de leurs collègues exerçant le même travail qu'elles dès lors que l'avancement plus rapide (le parcours professionnel) de cette dernière qui avait été promue assistante sociale après le 1^{er} janvier 1993, date d'entrée en vigueur du protocole d'accord du 14 mai 1992, n'était que la conséquence des modalités d'application du reclassement des emplois, défavorables aux salariées nommées dans ces fonctions avant l'entrée en vigueur du protocole.

En prononçant un rejet, la chambre sociale a donc considéré que la prise en compte d'un parcours professionnel spécifique ne pouvait, en soi, justifier la différence de rémunération entre des salariés assurant un travail de même valeur.

2 – Discrimination

Discrimination en raison du prénom

Contrat de travail, exécution – Employeur – Discrimination entre salariés – Preuve – Charge – Étendue – Détermination – Portée

Soc., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-42.286, en cours de publication

L'article L. 1132-1 du code du travail prohibe diverses discriminations y compris à raison du nom de famille, mais pas du prénom. Cela étant, un prénom peut être considéré comme signe d'une origine, sinon de l'appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une race.

M. Mohamed A. a été engagé en qualité d'employé de service en janvier 2000 par la maison de retraite pour personnes âgées « Le soleil du Roucas blanc ». Il lui a alors été demandé de prendre comme prénom d'usage dans les relations de travail celui de Laurent. Il travaillait en contact avec les pensionnaires et notamment au restaurant où il a parfois suppléé le maître d'hôtel.

Il sollicitera et obtiendra de reprendre son prénom en janvier 2002.

Dans le cadre d'un litige relatif à son licenciement, survenu ultérieurement, il a sollicité devant la cour d'appel réparation du préjudice par lui subi du fait d'une discrimination, mais en a été débouté au constat de ce que :

- lors de son engagement, quatre autres employés portaient ce prénom de Mohamed, dont le maître d'hôtel, l'employeur indiquant qu'il s'agissait d'éviter les confusions ;
- il ressortait des rapports des conseillers prud'homaux et de l'inspecteur du travail que l'intéressé avait accepté lors de son embauche d'être appelé Laurent.

L'obligation, l'invitation, voire la simple suggestion faite à un salarié lors de son embauche d'adopter dans le travail, sur son badge, dans les plannings, avec ses collègues et dans les relations avec les clients ou pensionnaires, un prénom d'usage différent de son prénom à consonance étrangère laisse supposer que ce salarié fait l'objet d'une discrimination à raison de son origine.

Il incombait donc à l'employeur de prouver que cette pratique était justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination, donc que cette demande était exclusivement motivée par des nécessités étrangères à toute volonté discriminatoire et donc n'avait pas d'autre cause.

La nécessité d'éviter des confusions avec les autres salariés portant le même prénom pouvait conduire à user des noms patronymiques, de solliciter l'usage d'un second prénom, voir de proposer un surnom, mais ne pouvait justifier le changement d'un prénom comme Mohamed par celui de Laurent, le salarié prétendant qu'il lui avait été dit qu'il convenait qu'il adopte un prénom convenant « au type de clientèle fréquentant l'établissement, en l'occurrence la bourgeoisie marseillaise ».

3 – Harcèlement

Harcèlement moral

Contrat de travail, exécution – Harcèlement – Harcèlement moral – Éléments constitutifs – Exclusion – Intention de son auteur

Soc., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-41.497, en cours de publication

Plusieurs décisions de la chambre sociale, rendues après qu'elle eut décidé par ses arrêts du 24 septembre 2008 d'opérer un contrôle de qualification devant nécessairement déboucher sur une clarification de la notion de harcèlement moral, sont venues confirmer que la définition légale, retenant des « agissements répétés qui ont eu pour objet ou pour effet... », permet au juge du fond de sanctionner le harcèlement, sans avoir à rechercher l'intention de nuire ou l'intention malveillante de l'auteur des agissements reprochés.

Elle a ainsi considéré « qu'en se déterminant [...] par des motifs inopérants tirés de ce que les mesures disciplinaires relèvent du pouvoir de direction et de l'absence de volonté de nuire de l'employeur, alors qu'elle avait constaté une accumulation de procédures disciplinaires à partir de novembre 2004 et sans s'expliquer sur la circonstance, invoquée par le salarié, qu'il s'était vu prescrire un arrêt de travail pour “asthénie, trouble du sommeil, situation conflictuelle” du 5 au 30 janvier 2005, la cour d'appel, qui devait rechercher si l'ensemble de ces éléments n'étaient pas de nature à faire présumer un harcèlement moral au sens des [articles L. 122-49 et L. 122-52 du code du travail devenus les articles L. 1152-1 et L. 1154-1 du même code], n'a pas donné de base légale à sa décision » (Soc., 13 mai 2009, pourvoi n° 08-40.610).

Elle a de même cassé, pour défaut de réponse à conclusions, une décision qui, pour débouter le salarié de ses demandes, s'était bornée à retenir que « les agissements constitutifs d'un harcèlement moral ne pouvaient simplement résulter d'un stress, d'une anxiété, d'un surmenage, d'un conflit personnel, de contraintes de gestion, du pouvoir disciplinaire ou d'organisation de l'employeur, mais devaient être la conséquence d'une volonté réitérée de l'employeur se manifestant par des éléments identifiables par le juge et portant atteinte à la dignité de la personne en créant un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant, offensant et que tel n'était pas le cas en l'espèce » (Soc., 17 juin 2009, pourvoi n° 07-43.947).

L'arrêt rendu le 10 novembre 2009, qui rappelle par ailleurs, mais de façon moins innovante, que la charge de la preuve d'un harcèlement moral ne pèse pas sur le salarié, est une étape supplémentaire de ce processus de clarification, puisque la chambre sociale, reprochant à l'arrêt cassé de retenir que les agissements dont se plaint la salariée ne peuvent être considérés comme des agissements répétés de harcèlement moral et s'inscrivent dans l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur, *tant qu'il n'est pas démontré par la salariée qu'ils relèvent d'une démarche gratuite, inutile et réfléchie destinée à l'atteindre* et permettant de présumer l'existence d'un harcèlement, y pose en principe que, selon l'article L. 1152-1 du code du travail, le harcèlement moral est constitué, *indépendamment de l'intention de son auteur*, dès lors que sont caractérisés des agissements répétés ayant pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte aux droits et à la dignité du salarié, d'altérer sa santé ou de compromettre son avenir professionnel.

**Contrat de travail, exécution – Harcèlement – Harcèlement moral –
Dénonciation de faits de harcèlement moral – Sanction interdite – Portée**
Soc., 10 mars 2009, Bull. 2009, V, n° 66, pourvoi n° 07-44.092

Le présent arrêt met en œuvre pour la première fois l'immunité prévue par les articles L. 1152-2 et L. 1152-3 du code du travail qui a pour objet de protéger les salariés qui ont témoigné des agissements de harcèlement moral ou les ont relatés. Ces textes s'inscrivent dans un mouvement législatif plus large qui tend à protéger le droit d'expression des salariés, lorsque celui-ci est exercé aux dépens d'autres salariés ou de supérieurs hiérarchiques, mais pour la défense d'un intérêt public (voir en ce sens J. Savatier, note sous *Soc.*, 30 octobre 2007, *Dr. soc.* 2008, p. 125). C'est ainsi que le droit communautaire prévoit une protection contre les mesures de rétorsion que pourrait prendre l'employeur en réaction à une plainte ou une action en justice visant à faire respecter le principe d'égalité de traitement (Directive 76/207/CE, du 9 février 1976, article 7 ; Directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, article 9 ; Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, article 11), et que le législateur français a prévu la protection du salarié révélant des mauvais traitements dans les établissements sanitaires (article L. 313-24 du code de l'action sociale et des familles ; *Soc.*, 30 octobre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 178, pourvoi n° 06-44.757), des agissements de harcèlement sexuel (articles L. 1153-2 et L. 1153-3 du code du travail) ou des faits de corruption (article L. 1161-1 du code du travail).

Cette immunité doit également être mise en relation avec les obligations qui pèsent sur l'employeur pour prévenir et traiter les agissements de harcèlement moral, et l'intérêt pour ce dernier d'être informé au plus tôt, la chambre sociale retenant en la matière une obligation de sécurité de résultat (*Soc.*, 21 juin 2006, *Bull.* 2006, V, n° 223, pourvois n° 05-43.914 à 05-43.919 ; C. Leborgne-Ingelaere, « La responsabilité civile de l'employeur en cas de harcèlement moral entre salariés », *JCP* 2006, éd. S, 1513 ; P. Adam, « Harcèlement moral : pleins feux sur l'obligation patronale de prévention », *Dr. ouvr.* 2007, 1).

L'immunité ainsi accordée au salarié constitue un élément important dans la lutte contre le harcèlement moral au travail, puisqu'il facilite sa prise en compte dans les meilleurs délais, permet à l'employeur informé de vérifier si les faits portés à sa connaissance constituent ou non un harcèlement moral, ou, s'ils ne sont pas fondés, s'ils traduisent ou non un élément de souffrance du salarié tel que, par exemple, le stress (cf. Accord national interprofessionnel sur le stress au travail, ANI 2 juill. 2008 : *JCP* 2008, éd. S, 1515).

En l'espèce, un salarié avait écrit à son employeur pour formuler un certain nombre de griefs (défaut de paiement de salaire, d'obtention d'une promotion, déclaration d'accident du travail en accident maladie) et se plaindre de faits de harcèlement moral imputés à un supérieur hiérarchique. À la suite de cette lettre, l'employeur a procédé à son licenciement pour faute grave. La cour d'appel a reconnu que le licenciement reposait sur une cause réelle et sérieuse, car les faits dénoncés n'étaient pas établis. Si le moyen se fondait sur les principes de la liberté d'expression du salarié, la Cour de cassation a choisi, au travers d'un moyen relevé d'office, d'évoquer les conséquences d'un licenciement fondé partiellement sur la dénonciation de faits de harcèlement moral imputés à un supérieur hiérarchique. La question posée portait non seulement sur le principe de l'immunité, mais également sur sa

portée, dans la mesure où le licenciement n'était pas uniquement fondé sur la dénonciation de faits de harcèlement moral et que l'employeur avait articulé d'autres griefs. La chambre sociale de la Cour de cassation avait déjà jugé, dans une espèce où un salarié avait été licencié, notamment au motif de la révélation de mauvais traitement dans un établissement sanitaire, que le licenciement était nul sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres griefs invoqués (Soc., 26 septembre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 136, pourvoi n° 06-40.039). La chambre sociale applique le même principe pour l'article L. 1152-3 du code du travail. Le salarié ne pouvait pas être licencié au motif de ce qu'il avait relaté des faits de harcèlement moral et ce grief emportait à lui seul la nullité du licenciement, même si ce dernier était également fondé sur d'autres reproches. La nullité affecte le licenciement dans son ensemble.

Cette immunité n'est toutefois accordée qu'aux salariés de bonne foi, laquelle est présumée. En conséquence, la mauvaise foi du salarié ne peut pas résulter de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis. La solution ainsi retenue par la chambre sociale de la Cour de cassation est conforme à celle adoptée expressément par le législateur en matière de dénonciation de faits de corruption (article L. 1161-1 du code du travail) et par l'article 3 de la loi n° 2008-496 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, où l'immunité est réservée au salarié de bonne foi.

Contrat de travail, exécution – Harcèlement – Harcèlement moral – Éléments constitutifs – Agissements répétés – Défaut – Applications diverses – Unique décision de rétrogradation

Soc., 9 décembre 2009, pourvoi n° 07-45.521, en cours de publication

L'arrêt présentement rapporté du 9 décembre 2009 contribue à la définition du harcèlement moral, notion pour laquelle la chambre a décidé, par sa série d'arrêts publiés du 24 septembre 2008 (*Bull.* 2008, V, n° 175, pourvois n° 06-45.747, 06-45.794, 06-45.579 et 06-43.504) de reprendre le contrôle de qualification qu'elle avait un temps abandonné. Il s'agit en l'occurrence de déterminer ce que peuvent être des « agissements répétés » de l'employeur.

En effet, l'article L. 122-49 devenu L. 1152-1 du code du travail définit le harcèlement moral comme des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail du salarié susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

En l'occurrence, un employeur ayant rétrogradé unilatéralement une attachée commerciale dans l'emploi de secrétaire, avec baisse de la rémunération et perte des avantages liés à la fonction, avait rejeté les différentes demandes de l'intéressée et de l'inspecteur du travail tendant au retrait de cette décision. Pour considérer que le comportement de l'employeur entrait dans les prévisions du texte précité, la cour d'appel avait retenu que la persistance de l'employeur à maintenir cette mesure arbitraire en faisant état pendant quatre mois consécutifs de la qualification litigieuse et de la rémunération correspondante sur les bulletins de salaire, caractérisait des actes répétés de harcèlement moral ayant contribué à la dégradation de l'état de santé fragile de la salariée.

La chambre a cassé cet arrêt aux motifs que de tels faits n'étaient pas de nature à caractériser un harcèlement moral. En effet, on ne se trouvait pas en présence d'agissements *répétés* de l'employeur, mais d'une *unique* décision de rétrogradation qu'il avait maintenue en dépit des oppositions auxquelles elle avait donné lieu. C'est ce qu'exprime l'arrêt en affirmant que « ne peut s'analyser en agissements répétés constitutifs de harcèlement moral une décision de l'employeur de rétrograder un salarié, peu important que, répondant aux protestations réitérées de celui-ci, il ait maintenu par divers actes sa décision ». Or, en l'espèce, la cour d'appel n'avait pas constaté d'*autres* agissements de l'employeur que « la décision maintenue de rétrogradation ». En d'autres termes, les faits dénoncés par la salariée n'étaient que la mise en œuvre de l'unique décision prise.

On remarquera que cette exigence de répétition d'agissements de l'employeur résultant de l'article L. 1152-1 du code du travail n'est pas applicable lorsque le harcèlement relève des dispositions de l'article premier, alinéa 4, de 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. Différentes directives relatives à la lutte contre les diverses formes de discrimination considèrent le harcèlement comme une forme de discrimination. Ainsi, la Directive 2000/43 du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, dispose, dans son article 3, que : « Le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination au sens du paragraphe 1 lorsqu'un comportement indésirable lié à la race ou à l'origine ethnique se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. Dans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres. » Cédant aux injonctions de la Commission européenne dénonçant de la part de la France une notion trop restrictive du harcèlement, notamment en ce qu'elle exigeait une répétition d'agissements, le législateur a repris dans le texte de la loi précitée la définition communautaire.

Désormais, est envisagé par la loi : « Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. »

Il appartiendra à la Cour de cassation d'articuler les deux régimes coexistants.

Harcèlement par un autre salarié, pouvoirs du juge

Contrat de travail, exécution – Harcèlement – Harcèlement moral – Faits commis par un salarié – Pouvoir des juges – Injonction à l'employeur de modifier ou de rompre le contrat de travail du salarié à la demande d'autres salariés – Exclusion

Soc., 1^{er} juillet 2009, Bull. 2009, V, n° 167, pourvoi n° 07-44.482

Deux salariées victimes de harcèlement moral de la part de leur directrice avaient obtenu des juges du fond la condamnation de l'employeur au paiement de dommages-intérêts mais avaient été déboutées de leur demande tendant à ce qu'il soit fait injonction à l'employeur

« d'écarter la directrice de ses fonctions ». Le pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir ainsi statué alors que l'employeur est débiteur d'une obligation générale de sécurité de résultat (voir notamment les arrêts dits « amiante » du 28 février 2002, *Bull.* 2002, V, n° 81, pourvois n° 00-10.051, 99-17.221, 99-21.255 et 99-17.201, *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2002, p. 391), que l'article L. 1152-4 du code du travail lui fait obligation de prendre toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral et que, de son côté, le juge peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser une atteinte aux libertés dans l'entreprise (article L. 2313-2 du code du travail). Par son arrêt du 1^{er} juillet, la Cour de cassation rejette le pourvoi.

L'arrêt relève que l'injonction qu'il était demandé de délivrer à l'employeur tendait à modifier le contrat de travail de la directrice et impliquait, à défaut d'accord de l'intéressée, un licenciement. Au-delà du fait que la directrice n'ayant pas été appelée en la cause, le caractère contradictoire de la procédure faisait défaut et qu'on pouvait douter de l'effectivité du recours dont l'intéressée aurait disposé en cas de licenciement, cela en violation de la Convention n° 158 de l'OIT, le juge n'est pas et ne doit pas être investi d'un pouvoir disciplinaire à l'encontre des salariés. S'il peut être appelé à contrôler l'usage qu'en fait l'employeur, il n'a pas le pouvoir de se substituer à ce dernier.

Mais c'est essentiellement sur le terrain du droit des obligations que se situe l'arrêt. Il n'admet pas qu'à la demande d'un tiers qui ne se prévaut d'aucun droit à une action oblique (et un salarié pourrait-il rompre le contrat d'un autre au lieu et place de l'employeur?) un juge puisse ordonner, contre la volonté des parties, la modification ou la rupture d'un contrat pour le motif qu'il est mal exécuté. Les salariées harcelées auraient été mieux inspirées de demander à ce qu'il soit ordonné à l'employeur de prendre toute mesure propre à faire cesser les faits de harcèlement en assortissant la décision d'une astreinte tant qu'ils n'auraient pas pris fin. L'employeur aurait alors eu le choix des mesures appropriées, mesures qui peuvent être variées et inclure un licenciement mais qui n'aurait pas alors été imposé par un juge à la demande d'un tiers au contrat de travail. C'est d'ailleurs, d'une certaine façon, ce qu'avait fait le juge du fond qui, dans les limites de sa saisine, n'avait pu que renvoyer l'employeur à ses obligations tirées de l'article L. 1152-4 du code du travail.

E – Accords collectifs et conflits du travail

1 – Accords et conventions collectifs

Entrée en vigueur d'un accord collectif

Travail réglementation, rémunération – Salaire – Égalité des salaires – Atteinte au principe – Cas – Différence de rémunération motivée par l'entrée en vigueur d'un accord collectif – Condition

Soc., 4 février 2009, *Bull.* 2009, V, n° 35, pourvois n° 07-41.406 à 07-41.410

Au regard du respect du principe « à travail égal, salaire égal », la seule circonstance que des salariés aient été engagés avant ou après l'entrée en vigueur d'un accord collectif ne saurait suffire à justifier des différences de rémunération entre eux, sauf à l'employeur à

démontrer que ces différences entre les salariés assurant un même travail ou un travail de valeur égale repose sur des raisons objectives et pertinentes qu'il revient au juge de vérifier. En conséquence doit être approuvé l'arrêt qui conclut que l'employeur ne justifiait d'aucune raison objective pertinente justifiant la disparité de traitement après avoir relevé qu'aucun élément ne distinguait les salariés qui se trouvaient dans une situation identique et que la disparité de revenus ne reposait que sur le mécanisme de revalorisation conventionnel des carrières, au détriment des salariés en poste avant le 1^{er} janvier 1993, date d'entrée en vigueur du protocole d'accord du 14 mai 1992 portant classification des emplois des organismes de sécurité sociale et de leurs établissements, sans autre raison que leur nomination dans les fonctions avant la réforme.

Voir le commentaire *supra*, rubrique égalité de traitement, discrimination, harcèlement (D), égalité de traitement (1), p. 343.

2 – Conflits du travail

...

F – Représentation du personnel et élections professionnelles

1 – Élections professionnelles

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail

Travail, réglementation, santé et sécurité – Hygiène et sécurité – Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail – Constitution – Cadre – Portée

Soc., 17 juin 2009, Bull. 2009, V, n° 157, pourvoi n° 08-60.438

Cet arrêt est l'occasion pour la chambre sociale de clarifier la question du périmètre d'implantation des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).

L'article L. 4611-1 du code du travail prévoit que : « Un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est constitué dans tout établissement de cinquante salariés et plus. » Tenant compte de la spécificité des attributions du CHSCT et de la nécessité que cet organe de représentation, dont les compétences en matière de santé et de sécurité sont importantes, puisse être directement en lien avec les catégories d'activité pour lesquelles son intervention serait utile, la chambre sociale a, depuis plusieurs années, admis qu'un CHSCT puisse ne couvrir qu'un secteur d'activité au sein de l'établissement (*Soc., 30 mai 2001, Bull. 2001, V, n° 192, pourvoi n° 99-60.474*). Il est donc tout à fait possible que plusieurs CHSCT coexistent au sein d'un même établissement. C'est ce que la Cour de cassation exprime dans sa formule de principe habituelle : « Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est institué dans le cadre de l'établissement et, le cas échéant, par secteur d'activité », tout en rappelant que, dans ce cas, le collègue désignatif comprend les membres élus du comité

d'établissement mais les seuls délégués du personnel élus dans le périmètre d'implantation de ce comité (Soc., 30 mai 2001, *Bull.* 2001, V, n° 192, pourvoi n° 99-60.474).

La chambre sociale a depuis lors précisé que la mise en place de plusieurs CHSCT, par secteur d'activité, pouvait se concevoir soit à l'intérieur des établissements dotés d'un comité d'établissement, soit, à défaut, à l'intérieur de l'entreprise (Soc., 29 janvier 2003, *Bull.* 2003, V, n° 35, pourvoi n° 01-60.802), et que la reconnaissance d'une UES n'avait pas de conséquence sur le cadre de désignation du CHSCT, qui restait celui de l'établissement et, le cas échéant, du secteur d'activité (Soc., 16 janvier 2008, *Bull.* 2008, V, n° 5, pourvoi n° 06-60.286).

Dans le cadre de l'affaire soumise à la chambre sociale par le présent pourvoi, des salariés rattachés à deux établissements différents suite à une décision administrative exerçaient leur activité sur un même site géographique.

La question posée à la Cour de cassation était de savoir si l'existence d'un secteur d'activité recouvrant plusieurs établissements, ou même l'existence d'un lieu de travail commun, pouvaient justifier la mise en place d'un CHSCT pour l'ensemble des salariés travaillant sur le site. Le tribunal d'instance avait considéré que tel était le cas, le site géographique devant, selon lui, « être qualifié d'établissement distinct au sens du CHSCT ».

La décision est censurée par la Cour de cassation : « Attendu que le comité d'hygiène et de sécurité est institué en application de l'article L. 4611-1 du code du travail dans le cadre de l'établissement et le cas échéant par secteur d'activité au sein de l'établissement ».

Il en résulte que, sauf accord collectif, un même CHSCT ne peut regrouper des salariés dépendant de plusieurs établissements dotés chacun d'un comité d'établissement.

Contentieux préélectoral

Élections professionnelles – Procédure – Décision du tribunal d'instance – Contentieux préélectoral – Voies de recours – Détermination
Soc., 23 septembre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 195, pourvoi n° 08-60.535

Voir le commentaire *infra*, rubrique actions en justice (section H), p. 378.

2 – Représentation du personnel

2-1 – Institutions représentatives

Comité d'entreprise

Représentation des salariés – Comité d'entreprise – Fonctionnement – Réunion – Délibération – Quorum – Défaut – Portée
Soc., 30 septembre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 217, pourvoi n° 07-20.525

Cet arrêt tranche pour la première fois deux questions relatives à la consultation du comité d'entreprise sur un projet de licenciement pour motif économique.

La première réponse porte sur la régularité de la délibération du comité d'entreprise lorsqu'un seul membre du comité est présent au moment de l'adoption d'un avis après le départ, en cours de réunion, de membres du comité. La chambre sociale avait déjà décidé que l'obligation de consultation du comité est satisfaite dès lors que l'objet sur lequel le comité doit donner un avis lui a été soumis, peu important que le comité ait refusé de donner cet avis (Soc., 18 février 1998, *Bull.* 1998, V, n° 93, pourvoi n° 95-42.172). Ici un avis avait bien été émis, mais par un seul membre. L'article L. 2325-18 du code du travail prévoit que les résolutions des membres du comité sont prises à la majorité des membres présents. Dans la mesure où la loi ne prévoit aucun quorum pour que le comité puisse délibérer valablement, l'arrêt décide que la majorité s'entend de la majorité des membres présents en séance, ce dont il résulte que la délibération prise par un seul membre est régulière.

Cet arrêt apporte en second lieu une réponse attendue à la question de savoir si la régularité de la procédure de consultation du comité d'entreprise sur un projet de licenciement économique est subordonnée au respect préalable de l'obligation triennale de négocier sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences prévue par l'article L. 2242-15 du code du travail ainsi que de l'obligation de consulter tous les ans le comité d'entreprise sur l'évolution annuelle des emplois et des qualifications prévue par l'article L. 2323-56 du même code. Il précise que ces obligations ne sont pas le préalable nécessaire de l'engagement de la procédure de consultation du comité d'entreprise sur un projet de licenciement économique.

La loi du 15 janvier 2005 qui a créé l'obligation triennale de négocier sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences dans les entreprises de plus de 300 salariés prévoyait que cette négociation devait être engagée au plus tard dans un délai de trois ans à compter de la publication de la loi. À l'occasion de licenciement collectif pour motif économique, la question de savoir si cette négociation devait être ouverte avant l'engagement de la consultation sur le licenciement économique, alors que ce délai n'était pas expiré, a donné lieu à des solutions contradictoires des juges du fond. La loyauté et l'utilité de la consultation du comité d'entreprise tant sur le choix économique de l'employeur que sur le plan de reclassement ne supposaient-elles pas en effet que le comité puisse apprécier le licenciement au regard de la stratégie globale de l'entreprise et de ses prévisions en matière d'emploi ?

Dans un premier arrêt du 24 juin 2008 (*Bull.* 2008, V, n° 140, pourvoi n° 07-11.411), qui n'était pas relatif à un licenciement pour motif économique, la Cour de cassation a précisé que les entreprises n'étaient pas tenues de mettre en œuvre cette obligation avant l'expiration de la première période triennale depuis la publication de la loi. L'arrêt commenté, relatif à une procédure de licenciement pour motif économique engagé aussi avant l'expiration de la période, se situe dans le prolongement de ce premier arrêt et tranche donc la question au fond.

La solution se fonde sur la périodicité de ces obligations, mais surtout sur leur objet propre. La gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences a pour objet la projection à moyen long terme des évolutions souhaitées ou prévisibles de l'emploi dans l'entreprise et la mise en œuvre des mesures nécessaires pour accompagner cette évolution. Elles portent donc sur des prévisions. Le licenciement économique pour sa part repose sur une

décision de l'employeur dans un contexte donné qui peut résulter de modification du marché ou d'événements imprévus. Les mesures de reclassement destinées à limiter le nombre des licenciements ont aussi leur propre finalité, limiter le nombre des licenciements, même si les mesures de gestion prévisionnelle des emplois et d'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois sont de nature à les faciliter.

Enfin, en approuvant la cour d'appel d'avoir estimé la procédure de consultation régulière au motif que l'information avait été loyale et complète, la Cour de cassation tire les conséquences de cette solution. L'information qui doit être donnée au comité lors de la consultation du comité doit porter sur la décision économique de l'employeur, cause du licenciement, que le comité doit pouvoir utilement discuter. La loyauté de l'information est appréciée par rapport à cette décision. Si les entreprises ont respecté leurs obligations périodiques, selon leur rythme propre, on peut penser qu'elles contribueront à éclairer les informations relatives au licenciement économique. Ces différentes obligations de consultation et de négociation se situent sur des plans différents de la vie de l'entreprise et sont complémentaires, mais les unes ne sont pas le préalable nécessaire des autres.

Comité d'entreprise et assistance d'un expert-comptable

Représentation des salariés – Comité d'entreprise – Comité d'établissement – Attributions – Attributions consultatives – Organisation, gestion et marche générale de l'entreprise – Examen annuel des comptes – Assistance d'un expert-comptable – Conditions – Détermination

Soc., 18 novembre 2009, pourvoi n° 08-16.260, en cours de publication

Cet arrêt apporte deux précisions importantes sur le droit d'un comité d'établissement de se faire assister par un expert-comptable pour l'examen des comptes de cet établissement, relatives au fondement de ce droit et à l'étendue de la mission de l'expert.

Sur le premier point, il résulte de l'article L. 2325-15 du code du travail que le comité d'établissement a les mêmes pouvoirs que le comité d'entreprise dans la limite des pouvoirs du chef d'établissement. La jurisprudence avait déjà admis qu'un comité d'établissement puisse faire appel à l'expert-comptable prévu par les articles L. 2325-35 du code du travail. Dans certaines décisions, elle s'est fondée sur l'existence d'un budget distinct (notamment Soc., 11 mars 1992, *Bull.* 1992, V, n° 176, pourvoi n° 89-20.670); dans d'autres elle a considéré que la mission de l'expert-comptable du comité d'établissement devait être définie dans la limite de la délégation de pouvoir du chef d'établissement (Soc., 27 mai 2008, pourvoi n° 07-12.582).

La solution de l'arrêt rapportée se fonde sur le seul critère de l'autonomie de l'établissement. Cette solution, qui avait déjà été amorcée par un arrêt du 14 décembre 1999 (*Bull.* 1999, V, n° 487, pourvoi n° 98-16.810), en précise la raison. Un établissement distinct ne peut être reconnu pour la mise en place d'un comité d'établissement que si le chef d'établissement a une autonomie suffisante dans la gestion du personnel et la conduite de l'activité économique selon une jurisprudence constante et ancienne du Conseil d'État (CE, 21 novembre 1986, n° 51807, publié au *Recueil Lebon*). C'est cette autonomie qui justifie l'existence du comité d'établissement et, partant, l'exercice des mêmes droits que le comité

d'entreprise, dans la limite de la délégation de pouvoir du chef d'établissement. L'existence d'un budget ou d'une comptabilité propres n'est donc pas une condition du droit de recourir à un expert-comptable, comme le soutenait le pourvoi qui se fondait sur l'absence de comptabilité propre de l'établissement centralisée à un niveau supérieur. Dès lors qu'un comité d'établissement existe, il a le droit de se faire assister par un expert-comptable. L'arrêt rapporté rappelle encore que ce droit n'est pas limité par le droit du comité central d'entreprise d'examiner les comptes de l'entreprise en reprenant une solution déjà affirmée (Soc., 28 novembre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 199, pourvoi n° 06-12.977).

La seconde précision porte sur l'étendue de la mission de l'expert. En l'espèce le comité d'établissement avait confié pour mission à l'expert non seulement l'examen des éléments comptables de l'établissement, mais également l'analyse de la situation économique de l'établissement par rapport à l'ensemble de l'entreprise et aux autres établissements de l'entreprise. L'arrêt rapporté retient ici une solution classique fondée sur l'article L. 2325-36 du code du travail, selon laquelle la mission de l'expert n'est pas purement comptable et porte sur l'ensemble des données économiques et sociales de l'établissement. Il peut donc demander à l'employeur tous les éléments nécessaires à l'intelligence des comptes de l'établissement pour lui permettre d'apprécier sa situation dans l'entreprise ou par rapport aux autres établissements de l'entreprise avec lesquels il doit pouvoir se comparer.

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail

Travail réglementation, santé et sécurité – Hygiène et sécurité – Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail – Constitution – Cadre – Portée

Soc., 17 juin 2009, *Bull.* 2009, V, n° 157, pourvoi n° 08-60.438

Voir le commentaire *supra*, rubrique représentation du personnel et élections professionnelles (F), élections professionnelles (I), p. 351.

2-2 – Protection des représentants du personnel

Autorisation administrative de transfert

Représentation des salariés – Règles communes – Contrat de travail – Modification dans la situation juridique de l'employeur – Transfert partiel d'entreprise – Salarié protégé compris dans le transfert – Autorisation administrative de transfert – Annulation – Effets – Réintégration – Licenciement postérieur – Bénéfice de la protection – Condition

Soc., 13 janvier 2009, *Bull.* 2009, V, n° 8, pourvoi n° 06-46.364

Aucune disposition du code du travail n'organise les conséquences de l'annulation d'une décision administrative autorisant le transfert d'un salarié protégé.

La jurisprudence est par ailleurs peu fournie en cette matière qui ne suscite pas un contentieux abondant.

La chambre sociale de la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de rendre quelques décisions dans ce domaine. Il a ainsi été jugé que :

- la « décision d'annulation par la juridiction administrative de l'autorisation administrative de transfert produi[t] les mêmes effets que le refus d'autorisation de transfert » (Soc., 12 janvier 1999, *Bull.* 1999, V, n° 16, pourvoi n° 97-45.209),
- à défaut d'avoir été préalablement autorisée par l'inspecteur du travail la mesure de transfert d'un salarié auprès d'une autre société que la sienne est nulle (Soc., 5 mai 1998, *Bull.* 1998, V, n° 222, pourvoi n° 95-45.326),
- « si le salarié protégé dont le contrat est irrégulièrement transféré doit être réintégré dans l'entreprise d'origine s'il le demande, avec versement des salaires perdus depuis son transfert jusqu'à sa réintégration, il ne peut cumuler la somme correspondant aux salaires dont il a été privé avec celle qu'il a pu recevoir du repreneur » (Soc., 28 mai 2003, *Bull.* 2003, V, n° 181, pourvoi n° 01-40.512).

Dans l'affaire qui nous occupe aujourd'hui, un salarié, dont le transfert avait été autorisé par une décision du ministre du travail annulée par le tribunal administratif, avait été réintégré dans son entreprise d'origine puis licencié un mois après sans autorisation préalable de l'inspecteur du travail. Les institutions ayant été renouvelées avant sa réintégration, l'intéressé avait perdu l'ensemble de ses mandats électifs. La cour d'appel avait refusé de lui appliquer la protection spéciale de six mois prévue en cas d'annulation d'une autorisation administrative de licenciement au motif qu'aucun texte n'instituait une telle mesure.

Cette décision a été censurée par la chambre sociale de la Cour de cassation qui poursuit ici son œuvre prétorienne en jugeant que la protection spéciale de six mois prévue aux articles L. 425-1, alinéa 3, et L. 436-1, alinéa 3, recodifiés sous l'article L. 2422-2 du code du travail, applicable en cas d'annulation d'une autorisation de licenciement, doit également bénéficier au salarié protégé dont l'autorisation de transfert a été annulée, ces deux situations étant en effet voisines.

Effet du refus d'autorisation de licenciement de salariés ayant perdu une habilitation

Contrat de travail, rupture – Licenciement – Salarié protégé – Mesures spéciales – Autorisation administrative – Demande de l'employeur – Nécessité – Portée

Soc., 2 décembre 2009, pourvoi n° 08-42.037, en cours de publication

Soc., 2 décembre 2009, pourvoi n° 08-43.466, en cours de publication

Lorsque l'habilitation délivrée par l'administration à un salarié pour accéder à son lieu de travail ou que le permis de conduire nécessaire au chauffeur routier, leur sont retirés, leur interdisant de ce fait de continuer à exercer leurs fonctions, l'employeur est-il tenu, lorsque ces salariés sont investis de fonctions représentatives et que l'autorisation de les licencier a été refusée par l'inspecteur du travail, de continuer à les rémunérer tant que cette autorisation ne lui a pas été donnée ? Telle était la question posée par ces deux pourvois.

La chambre sociale de la Cour de cassation affirme depuis longtemps que la protection exceptionnelle et exorbitante du droit commun instituée par le législateur au profit de salariés

investis de fonctions représentatives interdit à l'employeur de poursuivre la rupture de leur contrat de travail en dehors du dispositif prévu par la loi ; en effet, la protection dont bénéficient les salariés désignés pour exercer des fonctions représentatives découle d'exigences constitutionnelles, l'exercice de ces fonctions étant indispensable « pour que soit assuré effectivement le respect du principe constitutionnel affirmé par l'article 8 du préambule de la Constitution du 26 octobre 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, qui dispose que tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion de l'entreprise » (*Guide des élections professionnelles*, Dalloz, p. 850).

Dès lors qu'il envisage de licencier un salarié protégé, l'employeur doit adresser à l'inspecteur du travail une demande d'autorisation de licenciement, et il peut, en cas de faute grave, prononcer la mise à pied immédiate de l'intéressé dans l'attente de la décision définitive. Si le licenciement est refusé, la mise à pied est annulée et ses effets supprimés de plein droit (alinéas 4 des articles L. 2421-1 et L. 2421-3 du code du travail). La même autorisation doit être demandée lorsque le salarié refuse d'accepter une modification de son contrat de travail ou de ses conditions de travail.

Mais qu'en est-il lorsque le salarié, pour lequel l'employeur a demandé l'autorisation de licenciement, n'est plus en mesure de fournir sa prestation de travail du fait d'une décision prise par l'administration ?

Il est certain que dès lors que l'autorisation de licenciement n'a pas été accordée par l'inspecteur du travail, l'employeur doit lui laisser le libre accès à l'entreprise afin qu'il puisse continuer à exercer ses mandats, et que les heures de délégation doivent lui être payées. Mais doit-il aussi continuer à lui payer sa rémunération ?

Il faut rappeler que la chambre sociale refuse de considérer que le retrait par l'administration de l'habilitation nécessaire pour accéder au lieu de travail constitue un cas de force majeure qui pourrait exonérer l'employeur du paiement du salaire (Soc., 13 novembre 2007, pourvoi n° 06-41.717).

Quant à l'obligation de maintenir la rémunération du salarié protégé, la chambre sociale n'a rendu que deux arrêts statuant sur cette question :

– le 3 octobre 1989 (*Bull.* 1989, V, n° 58, pourvoi n° 86-45.691), un arrêt qui a débouté un salarié protégé, qui avait refusé une mutation et n'avait pas travaillé, de sa demande de rappel de salaires a été cassé par notre chambre : dès lors que l'inspecteur du travail avait refusé d'autoriser le licenciement, celui-ci devait être maintenu dans son emploi et percevoir son salaire ;

– 18 juin 1997 (*Bull.* 1997, V, n° 225, pourvoi n° 95-43.723), la chambre sociale rejette le pourvoi formé contre l'arrêt qui a condamné l'employeur à payer au chauffeur de poids lourd dont le permis de conduire a été annulé et qui a été mis à pied à titre conservatoire une provision au titre de la période au cours de laquelle il a été privé de rémunération : l'autorisation de licenciement ayant été refusée, l'employeur avait l'obligation de conserver le salarié protégé dans l'entreprise et de le rémunérer.

Dans la présente espèce, la chambre sociale affirme pour la première fois très clairement que le salarié protégé qui a été mis dans l'impossibilité de fournir sa prestation de travail en raison d'une décision prise par l'administration doit, lorsque l'autorisation de licenciement a été refusée par l'inspecteur du travail, non seulement être conservé dans l'entreprise, mais aussi continuer à percevoir sa rémunération. Elle fait ainsi prévaloir le statut du salarié protégé, qui est investi d'une mission qu'il exerce dans l'intérêt de l'ensemble des travailleurs : tant que le contrat de travail de ce salarié n'a pas été rompu selon le dispositif mis en place pour garantir la protection de son statut, l'employeur doit le conserver dans l'entreprise, et continuer à lui payer son salaire, car l'en priver porterait atteinte à l'exercice même de son mandat.

Gérants non salariés

Statuts professionnels particuliers – Gérant – Gérant non salarié – Succursale de maison d'alimentation de détail – Bénéfice des avantages de la législation sociale – Étendue – Portée

Soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-42.089, en cours de publication

Soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-42.090, en cours de publication

À l'occasion de l'examen de plusieurs pourvois dont elle était saisie par une société de distribution relativement à la situation de gérants non salariés de succursales de maison d'alimentation, la chambre sociale a été amenée à préciser dans quelle mesure ces gérants, lorsqu'ils exercent des mandats représentatifs en application de l'article 37 de l'accord collectif national du 18 juillet 1963, doivent bénéficier du statut protecteur.

Plusieurs moyens étaient développés à l'appui des pourvois dirigés contre des arrêts qui avaient déclaré nulles les ruptures de contrats de gérance au motif que celles-ci n'avaient pas été précédées d'une autorisation de l'inspecteur du travail.

Il était tout d'abord soutenu que les dispositions légales relatives aux syndicats professionnels et aux institutions représentatives du personnel n'étaient applicables aux gérants non salariés de succursales de maison d'alimentation que dans la seule limite des « mesures d'application particulières » énumérées par l'article 37 de l'accord collectif national. Une telle position était néanmoins directement contraire à celle adoptée par la chambre sociale dans son arrêt du 4 février 1993 (*Bull.* 1993, V, n° 45, pourvoi n° 89-41.354) qui pose en principe que l'article L. 132-4 du code du travail (devenu L. 2251-1), aux termes duquel une convention collective ne peut comporter de dispositions moins favorables que celles des lois et règlements, s'applique à l'accord en cause.

Il était ensuite fait état de la jurisprudence de la chambre sociale selon laquelle « les institutions représentatives du personnel créées par voie conventionnelle doivent, pour ouvrir à leurs membres le bénéfice de la procédure spéciale protectrice prévue en faveur des représentants du personnel et des syndicats, être de même nature que celles prévues par le code du travail » (*Soc.*, 20 février 1991, *Bull.* 1991, V, n° 85, pourvoi n° 89-42.288). Il est apparu discutable d'appliquer cette règle à la situation des gérants non salariés alors que les institutions représentatives mises en place dans le cadre de l'accord collectif national de 1963 pour cette catégorie de travailleurs ne sont précisément susceptibles d'aucune comparaison avec

d'autres « de même nature », le code du travail étant, par hypothèse, totalement muet sur la question. Le raisonnement consistait en l'occurrence en une fausse analogie tendant à vouloir comparer des institutions représentant des salariés à d'autres représentant des gérants non salariés là où la chambre sociale n'avait jamais évoqué qu'une comparaison entre des institutions représentant les unes et les autres des salariés.

Il était encore exposé que, si l'ancien article L. 782-7, recodifié L. 7322-1 du code du travail, prévoyait « que les gérants non salariés visés par le présent titre bénéficient de tous les avantages accordés aux salariés par la législation sociale, notamment en matière de congés payés », la rédaction du nouvel article L. 7322-1 est quant à elle plus restrictive et ne peut s'étendre aux dispositions relatives au statut protecteur. Si les litiges en cause relevaient de l'application des anciens textes, la chambre sociale fait néanmoins le choix d'une solution qui s'inscrit dans la continuité. Elle s'est à ce titre interrogée sur la question de savoir si la loi de ratification n° 2008-67 du 21 janvier 2008 emportait modification de l'ancien article L. 782-7. Il sera rappelé que la recodification est survenue à droit constant, sauf disposition expresse contraire. La consultation des travaux parlementaires n'a révélé aucune volonté en ce sens, la modification rédactionnelle apportée à l'article L. 7321-1 tel qu'il résultait de l'ordonnance du 12 mars 2007 ayant uniquement été motivée par le souci d'apporter une clarification de rédaction. La chambre sociale en déduit donc que les nouveaux textes ne sont pas de nature à remettre en cause sa jurisprudence antérieure récemment rappelée dans un arrêt du 11 mars 2009 (*Bull.* 2009, V, n° 79, pourvoi n° 07-40.813). À ces considérations se sont ajoutées celles tirées des dispositions combinées des alinéas 6 et 8 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et de l'article premier de la Convention n° 135 de l'OIT relative à la protection des représentants des travailleurs dont la portée était incompatible avec la thèse soutenue par les pourvois.

Poursuivant ce raisonnement, la chambre sociale applique également aux gérants non salariés, dans deux des arrêts (Soc., 8 décembre 2009, pourvois n° 08-42.090 et n° 08-42.089, en cours de publication), la jurisprudence dégagée en faveur des salariés dans un arrêt du 10 juillet 2002 (*Bull.* 2002, V, n° 239, pourvois n° 00-45.135, 00-45.387 et 99-43.334 à 99-43.336) qui pose en principe qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle comporte l'obligation de verser une contrepartie financière.

Dans la même logique enfin, il est jugé que les règles relatives à la prescription des faits fautifs, telles que fixées par l'article L. 122-44, devenu L. 1332-4 du code du travail, s'appliquent en cas de rupture d'un contrat de gérance (Soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-42.090, en cours de publication).

3 – Droit syndical

Application de la loi du 20 août 2008

Syndicat professionnel – Délégué syndical – Désignation – Validité –
Appréciation – Cadre défini par lettre de désignation – Limites du litige
Soc., 8 juillet 2009, Bull. 2009, V, n° 178, pourvoi n° 09-60.048

Syndicat professionnel – Droits syndicaux – Exercice – Domaine d’application – Représentant syndical au comité d’entreprise – Désignation – Conditions – Détermination – Portée

Soc., 8 juillet 2009, Bull. 2009, V, n° 179, pourvoi n° 09-60.015

Syndicat professionnel – Représentativité – Présomption légale et transitoire de représentativité – Preuve contraire – Possibilité (non)

Soc., 8 juillet 2009, Bull. 2009, V, n° 180, pourvois n° 09-60.031, 09-60.032, 09-60.011

Syndicat professionnel – Section syndicale – Représentant – Désignation – Conditions – Détermination – Portée

Soc., 8 juillet 2009, Bull. 2009, V, n° 181, pourvoi n° 08-60.599

Syndicat professionnel – Section syndicale – Représentant – Désignation – Conditions – Détermination – Portée

Soc., 4 novembre 2009, pourvoi n° 09-60.075, en cours de publication

Les quatre arrêts rendus le 8 juillet 2009 par la chambre sociale (« BNP Paribas », pourvoi n° 09-60.048 ; « Okaidi », pourvois n° 09-60.031, 09-60.032, 09-60.011 ; « Solidaires », pourvoi n° 09-60.015 et « Véolia », pourvoi n° 08-60.599) ont été l’occasion pour la Cour de cassation de statuer pour la première fois sur certaines difficultés d’interprétation nées de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 relative à la démocratie sociale. Plusieurs questions ont ainsi été tranchées.

– *La nature de la présomption de représentativité des organisations syndicales pendant la période transitoire*

L’article 11 IV de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a prévu que, pendant une période transitoire courant de l’entrée en vigueur de la loi jusqu’à la date des premières élections professionnelles organisées dans l’entreprise, serait présumé représentatif « tout syndicat affilié à l’une des organisations syndicales de salariés présumées représentatives au niveau national et interprofessionnel à la date de publication de la présente loi ».

La question posée à la Cour de cassation, dans le pourvoi « Okaidi », était de savoir s’il s’agissait d’une présomption simple ou d’une présomption « irréfragable ». Alors, en effet, que dans le cadre d’autres dispositions de la même loi instituant une présomption, la nature de cette présomption est spécifiée (ainsi, s’agissant de la présomption de représentativité des organisations syndicales affiliées dans les entreprises de moins de 11 salariés prévue par l’article L. 2122-6, la loi précise que la preuve contraire peut être rapportée), le texte de l’article 11 IV n’apporte aucune précision à cet égard.

Pour assurer une transition plus aisée, et dans un souci de sécurité juridique, la chambre sociale affirme que la présomption posée par l’article 11 IV au profit des syndicats affiliés à une des organisations syndicales bénéficiant, lors de l’entrée en vigueur de la loi, d’une présomption de représentativité au niveau national et interprofessionnel ne souffre pas de preuve contraire.

– *La portée du principe de spécialité des syndicats*

Condition commune à l'exercice de toute prérogative en entreprise, la nécessité pour une organisation syndicale d'avoir un champ géographique et professionnel couvrant l'entreprise est posée par les articles L. 2122-1, L. 2314-3 et L. 2142-1 tels qu'issus de la loi du 20 août 2008. Il s'agit là de l'application traditionnelle du principe de spécialité qui impose aux organisations syndicales de n'intervenir que dans le champ géographique et professionnel fixé par leurs statuts.

Dans l'affaire « BNP Paribas », un tribunal d'instance en avait déduit qu'un syndicat ne pouvait exercer de prérogatives dans un établissement que s'il y avait des adhérents dans l'ensemble des sites composant cet établissement.

La Cour de cassation, qui rejette le pourvoi par une substitution de motifs, précise qu'un tel raisonnement est erroné. En effet, la présence d'adhérents est une condition qui peut être posée pour l'exercice de certains droits, notamment réservés aux syndicats représentatifs, mais qui est indépendante du critère de champ géographique et professionnel.

– *Le critère de respect des valeurs républicaines*

Condition également commune à l'exercice de toute prérogative en entreprise, le critère de respect des valeurs républicaines est soumis à un régime probatoire différent des autres critères : c'est ce que reconnaît la chambre sociale dans l'arrêt « Véolia ».

C'est en effet à celui qui le conteste de prouver en quoi l'organisation syndicale ne remplirait pas ce critère. À défaut, ou si aucune contestation particulière n'est élevée sur ce point par une partie, le juge n'a pas à vérifier que l'organisation syndicale répond à cette condition, qui est intrinsèque à son existence même. La chambre sociale avait adopté la même position s'agissant de l'ancien critère, devenu obsolète, de l'attitude patriotique pendant l'Occupation.

– *Le représentant syndical au comité d'entreprise*

Les nouvelles dispositions de l'article L. 2324-2 du code du travail, relatives à la désignation par les organisations syndicales de représentants au comité d'entreprise, ont conduit la Cour de cassation, dans l'arrêt « Solidaires », à préciser deux points :

- Les dispositions de l'article L. 2324-2 du code du travail sont d'application immédiate, en l'absence de dispositions transitoires particulières. Par conséquent, toute désignation faite après l'entrée en vigueur de la loi doit répondre aux conditions fixées par le nouveau texte.

Cette analyse conforte celle de la direction générale du travail qui précise, dans sa circulaire n° 20 du 13 novembre 2008, que « les nouvelles conditions de désignation du RSCE sont applicables depuis la publication de la loi. Il doit être désigné par un syndicat ayant des élus au comité d'entreprise (1 titulaire et 1 suppléant par exemple)... ».

- Les dispositions de l'article L. 2324-2 du code du travail, qui exigent désormais, pour la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise, que le syndicat ait obtenu des élus au sein de ce comité, ne contiennent en revanche plus la condition liée à la représentativité de l'organisation syndicale à l'origine de la désignation.

La condition de représentativité en effet ne figure pas dans le texte adopté le 20 août 2008, alors qu'elle apparaissait dans le projet de loi. Oubli du législateur ? Volonté délibérée de ce dernier ? Condition nécessairement sous-entendue ?

Ni la consultation des débats parlementaires, ni les travaux de la commission mixte paritaire, ni les rapports déposés le 23 juillet 2008 par MM. Poisson et Gournac (n° 1092 et 486) au nom de cette commission ne permettaient de trancher clairement la question de savoir si le législateur a entendu privilégier l'existence d'élus au comité d'entreprise dans l'hypothèse où la représentativité du syndicat n'est pas nécessairement acquise.

Une organisation syndicale peut, en effet, avoir des élus sans pour autant être représentative au regard des critères cumulatifs fixés par le nouvel article L. 2121-1 du code du travail qui impose, entre autres conditions, qu'elle ait obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés.

La chambre sociale a donc décidé de s'en tenir à une lecture littérale du nouvel article L. 2324-2 du code du travail qui impose, comme seule condition, l'existence d'élus au comité d'entreprise.

– *Les conditions de la constitution d'une section syndicale*

En exigeant, pour la constitution d'une section syndicale, la présence de « plusieurs » adhérents dans l'entreprise, et en faisant de cette section syndicale non plus seulement la condition de désignation d'un délégué syndical, mais la condition également de désignation du nouveau représentant de la section syndicale, le législateur a ouvert une série de questions auxquelles les arrêts « Okaidi » et « Véolia » répondent.

- La Cour de cassation précise d'abord que, le nouvel article L. 2142-1 du code du travail, relatif aux conditions de constitution d'une section syndicale, étant d'application immédiate, les organisations syndicales doivent en remplir les conditions aussi bien lorsqu'elles désignent un représentant de la section syndicale que lorsqu'elles désignent un délégué syndical, alors même que, s'agissant de ce dernier, des dispositions transitoires ont été prévues par l'article 13 de la loi, s'agissant notamment de l'audience électorale.

- La Cour de cassation indique ensuite que la pluralité d'adhérents exigée par la loi doit s'entendre de « deux adhérents au moins ». La question du nombre minimal d'adhérents avait en effet été au centre de débats doctrinaux importants.

- Les arrêts « Okaidi » et « Véolia » précisent également que la condition d'existence d'une section syndicale doit être remplie au jour de la désignation du représentant ou du délégué : comme avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, la création de la section syndicale peut donc être concomitante à cette désignation.

- Enfin, la chambre sociale répond à la question fondamentale qu'ouvraient les nouvelles dispositions de la loi du 20 août 2008 : comment concilier la preuve de l'existence d'adhérents dans l'entreprise avec le principe de liberté syndicale ?

On sait que cette question avait amené la Cour de cassation, après avoir dans un premier temps admis que le risque de représailles, s'il était prouvé par l'organisation syndicale, pouvait justifier de ne pas soumettre le nom des adhérents au principe du contradictoire, à supprimer, par un arrêt remarqué du 27 mai 1997 (*Bull.* 1997, V, n° 194, pourvoi n° 96-60.239)

toute condition d'adhérent pour la constitution de la section syndicale. La désignation d'un délégué syndical par une organisation syndicale représentative établissait en soi l'existence de la section syndicale.

La loi du 20 août 2008, suivant en cela la volonté exprimée dans la « position commune », a souhaité réintroduire la condition de l'existence d'adhérents pour la constitution d'une section syndicale, ce dont la Cour de cassation a pris acte.

Estimant que le droit du salarié syndiqué à protéger cet élément de sa vie personnelle, reconnu par les textes européens et internationaux, était fondamental, la Cour de cassation a décidé, par une solution dérogatoire exceptionnelle au principe du contradictoire, que les éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents ne peuvent être portés qu'à la connaissance du juge. Il appartiendra par conséquent à ce dernier d'être particulièrement vigilant à ce que cette exception soit strictement limitée aux éléments d'identification des adhérents, tous autres éléments demeurant évidemment soumis au principe également fondamental du contradictoire.

Une précision importante a été apportée par un arrêt postérieur du 4 novembre 2009 (pourvoi n° 09-60.075, en cours de publication) : la nécessité d'avoir au moins deux adhérents pour constituer une section syndicale est une condition qui permet de s'assurer, comme la condition de spécialité, que le syndicat a vocation à venir s'implanter dans l'entreprise. Mais elle est sans rapport avec la représentativité du syndicat dans l'entreprise, puisque la constitution d'une section syndicale est justement ouverte expressément aux syndicats qui ne le sont pas. Par conséquent, il ne saurait être prétendu que le nombre d'adhérents nécessaire à la création de la section syndicale doit être proportionnel au nombre de salariés employés par l'entreprise : le rapport entre les effectifs et les adhésions n'entre en compte que dans la question de la représentativité syndicale.

Constitution d'un syndicat professionnel

Syndicat professionnel – Constitution – Conditions – Détermination – Portée
Soc., 13 janvier 2009, Bull. 2009, V, n° 11, pourvoi n° 07-17.692

Cet arrêt a été rendu dans un conflit opposant des organisations professionnelles d'apiculteurs dont l'une prétendait faire interdiction à d'autres de se présenter sous la dénomination de syndicat ou union de syndicats faute de réunir exclusivement des personnes exerçant habituellement l'activité professionnelle d'apiculteur au sens du droit fiscal. Mais l'arrêt situe le débat en amont de l'objet immédiat du litige dès lors que la demande faite au juge du fond et le pourvoi dirigé contre sa décision posaient nécessairement la question de savoir quelles sont les personnes qui ont le droit de constituer entre elles un syndicat. Il juge que si la liberté syndicale suppose l'exercice d'activités rémunérées et non désintéressées ou philanthropiques, aucune distinction n'est à opérer selon que ces activités rémunérées sont exercées à titre exclusif, accessoire ou occasionnel, ni selon que les revenus qui en sont tirés constituent un revenu principal ou accessoire. L'arrêt définit donc pour la première fois les titulaires de la liberté syndicale. Il fonde cette définition, d'une part, sur l'article L. 411-2 devenu l'article L. 2131-2 du code du travail qui vise les personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes, concourant à l'établissement de

produits déterminés ou la même profession libérale, d'autre part, et alors même qu'il n'était pas invoqué en l'espèce, sur le droit international contenu dans la Convention n° 87 de l'Organisation internationale du travail, ratifiée par la France, selon laquelle les travailleurs et employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit de constituer des organisations de leur choix, ces dernières ayant elles-mêmes le droit de former d'autres groupements. La solution présente un intérêt relatif pour les organisations d'employeurs, car le code du travail ne lie pas leurs prérogatives à la qualité de syndicat. En pratique, ces organisations sont d'ailleurs, dans leur grande majorité, constituées sous forme d'associations. Son intérêt est en revanche beaucoup plus grand pour les organisations de travailleurs salariés, puisque le code du travail réserve les droits qu'il instaure à leur profit aux seuls groupements qui revêtent la forme de syndicats ou d'organisations syndicales.

Désignation du délégué syndical

Élections professionnelles – Procédure – Convocation des parties – Avertissement – Défaut – Qualité pour l'invoquer

Soc., 21 janvier 2009, Bull. 2009, V, n° 19, pourvoi n° 08-60.452

La Cour de cassation intervenait après une succession de décisions judiciaires fixant, de manière différente, le périmètre de désignation de délégués syndicaux en fonction de la reconnaissance d'un ou plusieurs établissements distincts.

Une société exploitait en région caennaise trois activités (« brasserie », « frais/fruits » et « épicerie ») sur deux sites différents. Jusqu'en 2003, ces trois activités constituaient chacune un établissement distinct sur le périmètre duquel chaque syndicat représentatif pouvait donc désigner un délégué syndical. En 2003, le syndicat CGT, estimant que les trois activités ne constituaient qu'un établissement distinct unique, avait désigné un délégué syndical pour l'ensemble des activités. Cette désignation avait été contestée par l'employeur mais validée par un jugement du 7 novembre 2005 rendu par le tribunal d'instance de Bayeux.

En 2006, le syndicat CFDT, faisant valoir qu'il existait en réalité deux établissements distincts, l'un pour l'activité « brasserie », le second pour les deux autres activités, désignait un second délégué syndical en sus de celui déjà en fonction sur les sites caennais. Un jugement du tribunal d'instance de Caen ayant validé cette nomination, la Cour de cassation, par un arrêt du 23 mai 2007, censurait la décision en reprochant aux juges du fond de n'avoir pas tenu compte de la régularité de la désignation au regard des énonciations du précédent jugement du 7 novembre 2005.

Le syndicat CFDT, après avoir révoqué le mandat du second délégué syndical, procédait à une nouvelle désignation en avril 2008, pour l'« établissement denrées périssables ». Saisi par l'employeur de la validité de cette nouvelle désignation, le tribunal d'instance de Caen écartait explicitement toute référence à la précédente décision judiciaire du 7 novembre 2005, en affirmant que celle-ci n'était pas revêtue de l'autorité de la chose jugée puisqu'elle avait été rendue à l'occasion d'un litige différent opposant des parties différentes. Le tribunal relevait ensuite que les éléments fournis par les parties caractérisaient l'existence de deux établissements distincts.

L'employeur a formé un pourvoi, reprochant au tribunal d'instance, d'une part, de ne pas avoir convoqué tous les syndicats intéressés par la définition du périmètre de désignation des représentants syndicaux et, d'autre part, d'avoir refusé de tenir compte de la précédente décision judiciaire fixant différemment le périmètre de désignation.

La question à laquelle la Cour de cassation devait répondre était donc de savoir si, lorsqu'un tribunal a statué sur la définition du périmètre de mise en place des institutions représentatives du personnel dans le cadre d'un litige opposant l'employeur à un syndicat, il doit être tenu compte de cette décision dans des litiges pouvant survenir ultérieurement avec d'autres syndicats.

La Cour de cassation répond clairement par l'affirmative : en présence d'une décision judiciaire ayant fixé le périmètre de désignation d'une institution représentative du personnel dans une entreprise, une autre décision judiciaire ne peut fixer un périmètre différent, pour la même institution représentative, que si des évolutions survenues depuis la dernière décision justifient une modification du périmètre.

Le fait que les litiges ultérieurs puissent concerner un autre syndicat que celui qui avait été à l'origine de la précédente décision importe peu. En effet, s'agissant de la définition du périmètre de représentation, les autres syndicats représentatifs sont parties intéressées puisque la désignation critiquée par l'employeur leur est opposable, à compter de son affichage, et qu'ils peuvent d'ailleurs eux-mêmes la contester. Et s'ils n'ont pas été convoqués à la première instance ils ont la possibilité – qui n'est ouverte qu'à leur seul profit, comme le rappelle la Cour de cassation en réponse au premier moyen – de se prévaloir de cette omission devant la Cour de cassation pour voir annuler la décision (jurisprudence ancienne : Soc., 5 mai 1983, *Bull.* 1983, V, n° 240, pourvoi n° 82-60.369). Les décisions judiciaires fixant le périmètre de la désignation leur sont donc opposables en tant que parties intéressées.

Dès lors, le périmètre de représentation ne peut être modifié, s'agissant de la même institution représentative, que si des éléments nouveaux sont survenus depuis la précédente décision.

Cette jurisprudence, qui vise à éviter que les conditions de la représentation du personnel dans l'entreprise puissent varier constamment par l'effet de la multiplication des saisines judiciaires et d'appréciations éventuellement différentes portées sur une même situation, se rapproche de celle relative à la reconnaissance d'une unité économique et sociale (Soc., 3 octobre 2007, pourvoi n° 06-60.284).

Restriction aux libertés collectives et code de conduite

Contrat de travail, exécution – Employeur – Pouvoir de direction – Étendue – Restriction aux libertés fondamentales – Restriction à la liberté d'expression – Limites

Soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-17.191, en cours de publication

Voir le commentaire *supra*, rubrique contrat de travail, organisation et exécution du travail (A), droits et obligations des parties au contrat de travail (2), p. 328.

G – Rupture du contrat de travail

1 – Prise d’acte de la rupture et résiliation judiciaire

Rétractation de la prise d’acte (non)

Contrat de travail, rupture – Prise d’acte de la rupture – Prise d’acte par le salarié – Effets – Rupture du contrat au jour de la prise d’acte – Portée – Applications diverses – Rétractation – Impossibilité

Soc., 14 octobre 2009, Bull. 2009, V, n° 221, pourvoi n° 08-42.878

1) Dans l’affaire ci-dessus, la Cour de cassation était d’abord saisie de la question de savoir si une prise d’acte de la rupture du contrat de travail par le salarié aux torts de l’employeur peut être rétractée par son auteur et, dans l’affirmative, à quelle(s) condition(s) elle peut l’être valablement.

Il est admis par la chambre sociale que l’employeur ne peut revenir sur le licenciement qu’il a prononcé qu’avec l’accord du salarié (*Soc.*, 12 mai 1998, *Bull.* 1998, V, n° 244, pourvois n° 95-44.353 et 95-44.354), et de la même manière que le salarié qui a démissionné ne peut en principe se rétracter, sauf avec l’accord de l’employeur (*Soc.*, 26 avril 2007, pourvoi n° 05-44.246), ce qui signifie *a contrario* que la rétractation par son auteur du licenciement prononcé ou de la démission donnée est possible mais qu’elle ne peut produire d’effet juridique (l’anéantissement du licenciement ou de la démission) que pour autant qu’elle a été acceptée par l’autre partie.

C’est une solution différente qui est adoptée par la Haute Juridiction en ce qui concerne la prise d’acte de la rupture par le salarié. Il est en effet jugé par l’arrêt ci-dessus que la prise d’acte, qui entraîne la rupture immédiate du contrat de travail, ne peut en conséquence être rétractée. La solution n’est pas contradictoire avec celles qui précèdent. De par sa nature, la prise d’acte est une rupture brutale du contrat de travail motivée par le fait que le salarié considère que la poursuite de la relation de travail est devenue impossible par l’effet de manquements graves qu’il impute à l’employeur. Or, depuis des arrêts du 25 juin 2003 (*Bull.* 2003, V, n° 209, pourvois n° 01-42.679 et 01-42.335) complétés par des arrêts du 19 janvier 2005 (*Bull.* 2005, V, n° 11, pourvoi n° 02-41.113) et du 31 octobre 2006 (*Bull.* 2006, V, n° 321, pourvois n° 04-46.280, 05-42.158 et 04-48.234) la Cour de cassation donne une portée juridique à la prise d’acte en ce sens que celle-ci entraîne non seulement la rupture du contrat de travail, mais également la cessation immédiate du contrat de travail. Il s’en déduit logiquement qu’elle ne peut être rétractée par le salarié et que la rétractation dont il a pu prendre l’initiative est en elle-même dépourvue d’effet.

Le salarié pourrait cependant, à l’instar de ce qui a été jugé pour la démission (*Soc.*, 9 mai 2007, *Bull.* 2007, V, n° 70, pourvoi n° 05-40.518) invoquer un vice du consentement de nature à entraîner l’annulation de sa prise d’acte.

2) Par la même décision, la Cour de cassation règle une question très différente relative à la charge de la preuve dans l’hypothèse où le salarié, après un arrêt de travail pour maladie, est déclaré partiellement inapte à son emploi à l’occasion du premier examen

médical de reprise par le médecin du travail. Il est de règle que ce premier examen médical met fin à la suspension du contrat de travail, mais il n'ouvre pas pour autant le régime juridique propre à l'inaptitude du salarié tant que l'inaptitude n'a pas été régulièrement déclarée, ce qui suppose un second examen médical de reprise deux semaines après le premier. Dans l'intervalle entre les deux examens médicaux de reprise, le salarié qui n'est plus couvert par un arrêt de travail peut être amené à reprendre le travail. Pour autant, il ne peut le reprendre que pour autant qu'il est tenu compte par l'employeur des indications ou recommandations formulées par le médecin du travail à l'occasion du premier examen de reprise. Que se passe-t-il si le salarié vient à prétendre qu'il n'en a pas été tenu compte par l'employeur et qu'il cesse le travail en imputant ce fait à l'employeur tandis que ce dernier soutient qu'il s'est conformé aux prescriptions du médecin du travail ? Plus précisément, à qui incombe la charge de la preuve dans une telle hypothèse ?

C'est à cette question que répond précisément l'arrêt du 14 octobre 2009 dans sa deuxième partie. La règle posée pour y répondre découle des obligations légales de l'employeur : celui-ci est d'abord tenu d'une obligation de résultat dont il doit assurer l'effectivité. Il doit, ensuite, en application de l'article L. 4624-1 du code du travail, prendre en compte les recommandations du médecin du travail et, en cas de refus, faire connaître les motifs qui s'opposent à ce qu'il y soit donné suite. Il s'en déduit que, lorsque le salarié fait valoir que l'employeur n'a pas adapté son poste de travail conformément aux recommandations du médecin du travail, c'est à l'employeur qu'il appartient de justifier qu'il a procédé à une telle adaptation.

Dès lors, dans le cas de l'espèce, où le salarié avait été déclaré partiellement inapte à son emploi à l'occasion du premier examen médical de reprise par le médecin du travail, il appartenait à l'employeur qui avait réaffecté le salarié à son emploi habituel de justifier de l'adaptation du poste de travail du salarié ou des raisons pour lesquelles une telle adaptation était impossible.

2 – Licenciement

2-1 Formalités de licenciement

Formalités prévues par des dispositions conventionnelles

Contrat de travail, rupture – Licenciement – Licenciement disciplinaire – Formalités préalables – Formalités prévues par des dispositions conventionnelles ou un règlement intérieur – Inobservation – Portée
Soc., 21 janvier 2009, Bull. 2009, V, n° 17, pourvoi n° 07-41.788

Depuis 1999 (Soc., 23 mars 1999, *Bull.* 1999, V, n° 134, pourvoi n° 97-40.412), la chambre sociale décide que la consultation d'un organisme chargé, en vertu d'une disposition conventionnelle ou d'un règlement intérieur, de donner son avis sur un licenciement envisagé par un employeur constitue une garantie de fond, en sorte que le licenciement prononcé sans que cet organisme ait été consulté selon une procédure régulière ne peut avoir de cause réelle et sérieuse. Il s'agit d'une jurisprudence constante, réaffirmée depuis lors à

de nombreuses reprises (Soc., 28 mars 2000, *Bull.* 2000, V, n° 136, pourvoi n° 97-43.411 ; Soc., 11 juillet 2000, *Bull.* 2000, V, n° 272, pourvoi n° 97-45.781).

Notre Cour énonce également que l'avis de l'organisme consulté doit être donné selon une procédure régulière, et le licenciement prononcé sans que le conseil ait rendu son avis selon une procédure conforme aux exigences conventionnelles n'a pas de cause réelle et sérieuse (Soc., 16 janvier 2001, *Bull.* 2001, V, n° 9, pourvoi n° 98-43.189 ; Soc., 29 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 221, pourvoi n° 03-44.376).

La même solution est retenue lorsque le salarié n'a pas été informé de son droit de saisir un conseil de discipline (Soc., 31 janvier 2006, *Bull.* 2006, V, n° 45, pourvoi n° 03-43.300), de demander la réunion d'un conseil paritaire (Soc., 18 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 310, pourvoi n° 03-48.370), ou n'a pas été informé de sa faculté d'exercer un recours suspensif devant une commission paritaire pour qu'elle donne son avis sur le licenciement (Soc., 21 octobre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 195, pourvoi n° 07-42.170).

L'arrêt rendu le 21 janvier 2009 étend cette jurisprudence à l'information qui doit être donnée par l'employeur à un organisme, alors même que l'avis de celui-ci sur le licenciement n'est pas exigé par le texte conventionnel.

En l'espèce le licenciement d'un salarié avait été prononcé sans que l'employeur n'en avise au préalable le délégué du personnel ou à défaut le président de la commission de conciliation, et la cour d'appel avait considéré que le non-respect de ces dispositions formelles n'était pas de nature à affecter la légitimité de la rupture.

La Cour de cassation censure l'arrêt en énonçant que l'avis au délégué du personnel ou au président de la commission de conciliation, mis à la charge de l'employeur par les dispositions conventionnelles, constitue une garantie de fond dont la méconnaissance prive le licenciement de cause réelle et sérieuse.

Par cet arrêt notre Cour renforce sa jurisprudence dont il résulte que l'inobservation de toute formalité conventionnelle permettant de garantir les droits du salarié, et en particulier les droits de la défense, lors de la mise en œuvre par l'employeur de son droit disciplinaire, doit recevoir une sanction rigoureuse affectant le fond du licenciement.

Préavis

Conventions internationales – Accords et conventions divers – Convention internationale du travail n° 158 – Article 11 – Applicabilité directe – Effet
Soc., 3 juin 2009, Bull. 2009, V, n° 141, pourvois n° 08-40.981 à 08-40.983 et 08-41.712 à 08-41.714

Il résulte de l'article 11 de la Convention internationale du travail n° 158, dont, en vertu de l'article premier, l'application peut être assurée par voie de convention collective ou de toute autre manière conforme à la pratique nationale, que, si le travailleur qui va faire l'objet d'une mesure de licenciement a droit à un préavis d'une durée raisonnable ou à une indemnité en tenant lieu, un État peut néanmoins, aux termes du b du paragraphe 2 de son article 2, exclure du champ d'application de l'ensemble ou de certaines des dispositions

de la Convention notamment les travailleurs n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable. Respecte un tel délai raisonnable la législation française excluant, par application des dispositions combinées des articles L. 1237-1 et L. 1234-1 du code du travail, un droit à préavis pour les salariés ayant une ancienneté de services continus inférieure à six mois. Dès lors, est légalement justifiée la décision d'une cour d'appel qui, après avoir constaté que n'était pas établie l'existence d'un délai-congé d'usage dans le secteur de la production audiovisuelle après exécution d'un contrat de travail pendant quatorze jours, a rejeté la demande d'indemnité de préavis.

Voir le commentaire *supra*, rubrique contrat de travail, organisation et exécution du travail (A), emploi et formation (I), p. 322.

2-2 Licenciement pour motif économique

Reclassement

Contrat de travail, rupture – Licenciement économique – Reclassement – Obligation de l'employeur – Étendue

Soc., 4 mars 2009, Bull. 2009, V, n° 57, pourvoi n° 07-42.381

Il résulte de l'article L. 321-1, alinéa 3, du code du travail, désormais codifié à l'article L. 1233-4, que le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut survenir que lorsque le reclassement de l'intéressé dans un emploi de même catégorie que celui qu'il occupe ou dans un emploi équivalent ou, à défaut, et sous réserve de l'accord de l'intéressé, dans un emploi de catégorie inférieure ne peut être réalisé dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient.

Le salarié peut-il renoncer à l'obligation de reclassement ou accepter d'en restreindre l'étendue? En d'autres termes, cette obligation d'origine légale est-elle à la disposition des parties au contrat de travail?

Il existe des arguments en faveur d'une réponse négative. D'abord, les dispositions de l'article L. 321-1 du code du travail, en faisant de l'impossibilité du reclassement l'un des éléments nécessaires à la justification du licenciement économique, ne viseraient pas seulement à assurer l'exécution de bonne foi du contrat de travail mais aussi à faire du reclassement un instrument de la politique de l'emploi en permettant le maintien des salariés en activité, objectif de protection d'un intérêt général. L'obligation de reclassement pourrait donc relever de l'ordre public de direction plutôt que de l'ordre public de protection. Ensuite, l'alinéa 3 de l'article L. 122-14-7 du code du travail qui énonçait que les parties ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles posées en matière de licenciement à la section relative à la résiliation du contrat à durée indéterminée, laquelle ne concernait pas le licenciement pour motif économique sauf exceptions (ainsi, l'article L. 122-14-2 sur le contenu de la lettre de licenciement, l'article L. 122-14-3 sur l'obligation pour l'employeur de communiquer certains éléments et l'article L. 122-14-4 sur les sanctions du licenciement économique), est devenu l'article L. 1231-4 du code du travail aux termes

duquel l'employeur et le salarié ne peuvent renoncer par avance au droit de se prévaloir des règles prévues par le titre traitant de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, lequel inclut le licenciement pour motif économique et notamment l'article L. 1233-4 relatif à l'obligation de reclassement.

Toutefois, l'article L. 321-1 du code du travail autorise le salarié à refuser une proposition de reclassement dans un emploi de catégorie inférieure et la jurisprudence a admis que le salarié pouvait refuser une offre de reclassement sans distinguer selon que cette offre emportait ou non modification du contrat de travail (Soc., 29 janvier 2003, *Bull.* 2003, V, n° 28, pourvois n° 00-46.322 et 00-46.323 ; Soc., 11 octobre 2006, pourvoi n° 05-43.019 ; Soc., 11 octobre 2006, pourvoi n° 05-43.020). Cela exclut que le reclassement relève, du moins en son intégralité, de l'ordre public de direction.

En réalité, le reclassement comporte deux phases. Dans la première, l'employeur doit rechercher les possibilités de reclassement. Dans la seconde, il lui appartient de faire au salarié des propositions précises et individualisées de reclassement. Si la première paraît relever de l'ordre public de direction dans la mesure où il s'agit d'augmenter les chances de maintien de l'activité professionnelle du salarié en élargissant le plus possible l'offre de reclassement, la seconde laisse place à une renonciation par le salarié à des possibilités de reclassement, avant même qu'elles ne lui aient été proposées, à la condition qu'elle survienne à l'occasion d'une offre de reclassement, après que l'employeur a recherché les emplois disponibles susceptibles d'être proposés, et que l'intéressé exprime une volonté non équivoque et éclairée.

C'est ainsi qu'il a été décidé qu'une cour d'appel qui avait constaté, d'une part, que, dans le cadre de son obligation de reclassement, l'employeur avait proposé un poste à la salariée que celle-ci avait refusé en invoquant son souhait, pour des raisons familiales, de ne pas s'éloigner de son domicile pour l'exercice de son activité professionnelle, et, d'autre part, que l'employeur, qui avait fait des recherches dans ce périmètre géographique, justifiait de l'absence de poste disponible en rapport avec les compétences de l'intéressée, avait pu en déduire que l'employeur n'avait pas manqué à son obligation de reclassement (Soc., 13 novembre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 217, pourvoi n° 06-46.227).

En revanche, l'employeur ne peut limiter ses offres en fonction de la volonté présumée des intéressés de les refuser (Soc., 24 juin 2008, *Bull.* 2008, V, n° 138, pourvois n° 06-45.870 à 06-45.876). Et, ainsi que le précise l'arrêt du 4 mars 2009 à l'origine de ce commentaire, l'employeur ne peut limiter ses recherches de reclassement et ses offres en fonction de la volonté de ses salariés, exprimée à sa demande et par avance, en dehors de toute proposition concrète ; en particulier, l'employeur qui se borne à solliciter de ses salariés qu'ils précisent, dans un questionnaire renseigné avant toute recherche et sans qu'ils aient été préalablement instruits des possibilités concrètes de reclassement susceptibles de leur être proposées, leurs vœux de mobilité géographique en fonction desquels il limite ensuite ses recherches et propositions de reclassement, ne satisfait pas à son obligation de reclassement.

2-3 Licenciement pour motif personnel

Licenciement en raison de la dénonciation de faits de harcèlement moral

Contrat de travail, exécution – Harcèlement – Harcèlement moral – Dénonciation de faits de harcèlement moral – Sanction interdite – Portée
Soc., 10 mars 2009, *Bull.* 2009, V, n° 66, pourvoi n° 07-44.092

Voir le commentaire *supra* dans la rubrique égalité de traitement, discrimination, harcèlement (D), harcèlement (3), p. 347.

Possibilité de prononcer une autre sanction

Contrat de travail, exécution – Employeur – Pouvoir disciplinaire – Rétrogradation – Refus du salarié – Portée
Soc., 11 février 2009, *Bull.* 2009, V, n° 41, pourvoi n° 06-45.897

Un employeur a découvert qu'un salarié engagé en qualité de directeur commercial, qui faisait preuve d'insubordination fréquente, avait commis diverses indécrotesses au préjudice de la société, et, lui reprochant une faute grave, il a souhaité, à titre de sanction, prononcer sa rétrogradation.

Cette mesure impliquant la modification du contrat de travail, elle ne pouvait être appliquée sans le consentement du salarié.

Ce dernier ayant refusé d'accepter cette sanction, l'employeur a prononcé finalement le licenciement pour faute grave.

La cour d'appel a jugé ce licenciement pour faute grave justifié.

Le salarié s'est pourvu en cassation, arguant du fait que la faute grave étant celle qui empêche le maintien d'un salarié fautif dans l'entreprise, dès lors que l'employeur avait proposé initialement une rétrogradation à titre de sanction, il avait admis par là même qu'une telle impossibilité n'existait pas.

Dans son argumentation, le pourvoi faisait valoir que, si la Cour de cassation admet le licenciement pour cause réelle et sérieuse lorsque le salarié refuse une sanction substitutive au licenciement, elle ne permet pas en revanche qu'il soit prononcé un licenciement pour faute grave dans un tel cas de figure.

Jusqu'à un arrêt de 1998 en effet, la Cour de cassation estimait justifié par son seul refus le licenciement d'un salarié qui n'acceptait pas une mesure de modification de son contrat de travail infligée à titre de sanction par l'employeur, dès lors que ladite sanction était justifiée (*Soc.*, 9 octobre 1991, *Bull.* 1991, V, n° 400, pourvoi n° 87-45.326 et *Soc.*, 19 novembre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 384, pourvoi n° 94-44.784).

Par un arrêt du 16 juin 1998 (*Soc.*, 16 juin 1998, *Bull.* 1998, V, n° 320, pourvoi n° 95-45.033), la chambre sociale a décidé que l'employeur n'a pas épuisé son pouvoir de sanction lorsque

le salarié n'a pas accepté la modification de son contrat de travail décidée à titre de sanction, mais que cette mesure ne peut être appliquée qu'avec le consentement dudit salarié.

L'employeur exerçant son pouvoir disciplinaire peut ainsi prononcer le licenciement du salarié (Soc., 16 juin 1998 déjà cité et 31 janvier 2007, pourvoi n° 04-42.669).

La chambre sociale a jugé également qu'un tel licenciement peut être valablement prononcé pour faute grave, la régularité de la procédure disciplinaire tenant à ce qu'elle a été mise en œuvre dans un délai restreint à compter de la découverte des faits sanctionnés (Soc., 7 juillet 2004, *Bull.* 2004, V, n° 193, pourvoi n° 02-44.476).

Ainsi, dans un tel cas, l'argument tiré de l'acquisition de la prescription prévue par l'article L. 122-44 du code du travail, devenu l'article L. 1332-4 du même code, ne pourrait prospérer puisqu'il résulte de cet arrêt, qui est dans le droit fil de la doctrine de la Cour de cassation sur cette question, que ce qui importe est le délai dans lequel est mise en œuvre la procédure de licenciement après la découverte des faits fautifs par l'employeur.

Une position similaire a été adoptée en matière de faute lourde (Soc., 31 janvier 2007, pourvoi n° 04-42.669), mais cet arrêt n'est pas publié.

Des interprétations différentes sont cependant apparues, notamment dans la presse spécialisée.

Pour éviter toute spéculation sur ce sujet, il importait que la chambre sociale énonce par une formule claire sa position en la matière.

C'est chose faite avec le présent arrêt qui affirme que « l'employeur qui se heurte au refus d'une mesure de rétrogradation impliquant une modification du contrat de travail peut, dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire, prononcer une autre sanction, y compris un licenciement pour faute grave, aux lieu et place de la sanction refusée ».

Travail dissimulé

Contrat de travail, rupture – Licenciement – Indemnités – Indemnité de l'article L. 8223-1 du code du travail – Attribution – Conditions – Travail dissimulé – Éléments constitutifs – Élément intentionnel – Caractérisation – Nécessité

Soc., 3 juin 2009, Bull. 2009, V, n° 141, pourvois n° 08-40.981 à 08-40.983 et 08-41.712 à 08-41.714

Le caractère intentionnel du travail dissimulé ne peut se déduire du seul recours à un contrat inapproprié. Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui alloue à un salarié l'indemnité forfaitaire pour travail dissimulé prévue par l'article L. 8223-1 du code du travail au seul motif que le producteur avait proposé aux participants la signature d'un « règlement participants » au lieu d'un contrat de travail, un tel motif inopérant équivalant à une absence de motif.

Voir le commentaire *supra*, rubrique contrat de travail, organisation et exécution du travail (A), emploi et formation (1), p. 322.

H – Actions en justice

Autorité de la chose jugée

Chose jugée – Autorité pénale – Décisions auxquelles elle s’attache – Définition – Exclusion – Cas – Ordonnance validant une composition pénale
Soc., 13 janvier 2009, Bull. 2009, V, n° 1, pourvoi n° 07-44.718

L’autorité de chose jugée au pénal sur le civil, qui découle de l’article 4 du code de procédure pénale, interdit au juge civil de remettre en question ce qui a été définitivement, irrévocablement, nécessairement et certainement jugé par le juge pénal sur l’existence du fait qui forme la base commune de l’action publique et civile, sur la qualification et la culpabilité de celui auquel ce fait est imputé. Il résulte de ces conditions restrictives que l’autorité de chose jugée ne s’applique qu’aux dispositions des sentences pénales de jugement ayant statué au fond de manière irrévocable et qui ont été le soutien nécessaire de la décision sur l’action publique, de sorte que les décisions des juridictions d’instruction ou de classement sans suite, qui sont des décisions essentiellement révocables ne mettant pas fin au procès pénal et ne préjugant pas au fond, ne sont dotées d’aucune autorité de chose jugée au pénal sur le civil.

La question posée à la chambre sociale était celle de savoir si la composition pénale validée par ordonnance du président du tribunal a autorité de chose jugée au pénal sur le civil.

La chambre sociale avait déjà jugé dans son précédent du 21 mai 2008 (*Bull.* 2008, V, n° 107, pourvoi n° 06-44.948) que le rappel à la loi, qui figure parmi les mesures substitutives réparatrices auxquelles peut recourir le procureur de la République en application de l’article 41-1 du code de procédure pénale, est dépourvu de l’autorité de la chose jugée et n’emporte pas, par lui-même, preuve du fait imputé à un auteur de sa culpabilité.

La chambre décide qu’il en est de même s’agissant de la mesure de la composition pénale, prévue par l’article 41-2 du code de procédure pénale qui, si elle présente un caractère « punitif » plus marqué que les mesures substitutives de l’article 41-1, puisqu’elle peut emporter le versement d’une amende de composition au Trésor public, demeure une mesure réparatrice et substitutive à la mise en œuvre de l’action publique et ne peut être considérée comme une sentence pénale de jugement.

Il convient de rappeler que la décision du président du tribunal de validation de la proposition acceptée de composition pénale a lieu en l’absence de tout débat, sans que ne puisse y être ajouté ou retranché quoi que ce soit, qu’elle ne présente pas de caractère exécutoire comme une condamnation pénale, n’est pas susceptible de recours et n’est pas irréversible puisque le procureur de la République recouvre son droit de mettre en mouvement l’action publique lorsque l’auteur des faits n’exécute pas totalement les mesures décidées.

Ainsi, l’action publique se trouve seulement suspendue pendant le temps de la mise en œuvre de la procédure de composition pénale et la juridiction pénale éventuellement saisie ensuite dispose d’une totale liberté d’appréciation s’agissant notamment de la culpabilité de l’auteur présumé.

Il importe peu, dès lors, que des emprunts limités existent au régime des décisions juridictionnelles répressives, s'agissant de l'existence même d'une ordonnance de validation du président du tribunal survenant de surcroît sur la base de l'aveu des faits par leur auteur et de l'inscription de la mesure de composition pénale sur le bulletin n° 1 de son casier judiciaire.

La chambre criminelle, qui n'a pas à ce jour expressément statué sur cette question, a néanmoins déjà implicitement dénié tout caractère juridictionnel et partant toute autorité de chose jugée à la composition pénale dans son arrêt du 24 juin 2008 (*Bull.* 2008, V, n° 162, pourvoi n° 07-87.511), en décidant que celle-ci, si elle éteint l'action publique, ne fait pas échec au droit de la partie civile de délivrer citation directe devant le tribunal correctionnel statuant sur les seuls intérêts civils.

Délai de péremption d'instance

Prud'hommes – Procédure – Instance – Péremption – Diligences fixées par la juridiction – Accomplissement – Demande d'aide juridictionnelle – Portée
Soc., 28 janvier 2009, Bull. 2009, V, n° 27, pourvoi n° 07-42.287

La chambre sociale était saisie d'un pourvoi posant la question de l'effet, sur le délai de péremption, d'une demande d'aide juridictionnelle.

En ce domaine, un ancien arrêt de la deuxième chambre civile, du 19 mai 1998 (2^e Civ., 19 mai 1998, *Bull.* 1998, II, n° 158, pourvoi n° 96-17.349), avait décidé que la demande d'aide juridictionnelle n'avait aucun effet sur le délai de péremption.

Cet arrêt, non réitéré depuis lors, paraissait en décalage avec tout le mouvement jurisprudentiel et législatif qui, au cours de ces dernières années, tend à donner pleine efficacité au droit pour le justiciable d'obtenir l'assistance d'un avocat par le biais de l'aide juridictionnelle en interdisant notamment au juge de se prononcer sur le litige lorsqu'une demande d'aide juridictionnelle est en cours d'examen (2^e Civ., 13 décembre 2005, *Bull.* 2005, II, n° 319, pourvoi n° 04-30.137; 2^e Civ., 14 septembre 2006, pourvoi n° 05-14.055; 2^e Civ., 23 novembre 2006, pourvoi n° 05-16.725; Soc., 17 juillet 2007, pourvoi n° 06-40.390).

En outre, cette position était particulièrement sévère en matière sociale où, jointe à la règle de l'unicité de l'instance, elle était de nature à empêcher totalement un justiciable de pouvoir faire valoir ses droits.

C'est pourquoi la chambre sociale a décidé, dans son arrêt ici commenté, que la demande d'aide juridictionnelle suspendait le délai de péremption.

Ce revirement de jurisprudence a été entériné par la deuxième chambre civile quelques mois plus tard, par un arrêt du 19 novembre 2009 (2^e Civ., 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-16.698, en cours de publication) dans lequel, allant même au delà de la position de la chambre sociale, la deuxième chambre affirme que : « La demande d'aide juridictionnelle *interrompt* le délai de péremption ».

Immunité de juridiction**Prud'hommes – Compétence – Exclusion – Cas – Immunité de juridiction de l'UNESCO**

Soc., 11 février 2009, Bull. 2009, V, n° 45, pourvoi n° 07-44.240

L'application des principes régissant les immunités de juridiction pose parfois un problème, l'immunité dont une partie bénéficie ne devant pas engendrer un déni de justice pour son contradicteur.

Contrairement aux États étrangers, les organisations internationales jouissent d'une immunité absolue, sauf renonciation par le bénéficiaire.

Le cas d'espèce concerne un salarié contractuel de l'UNESCO, directeur de l'économat de cette organisation internationale ayant son siège à Paris. L'intéressé avait été engagé par une lettre prévoyant un contrat à durée indéterminée régi par le règlement du personnel de l'économat complété par la législation française du travail.

À la suite de son licenciement, une procédure prud'homale a été engagée par ce cadre et l'UNESCO, employeur, a revendiqué son privilège de juridiction tel qu'il résulte de l'accord de siège du 2 juillet 1954. La cour d'appel de Paris a fait droit à cette exception et a dit la juridiction prud'homale française incompétente.

Deux questions étaient posées :

- l'UNESCO avait-elle renoncé à son privilège de juridiction ?
- la procédure mise en place par cette organisation internationale présentait-elle des garanties suffisantes ?

La réponse à la première question relevait de l'appréciation des juges du fond interprétant les documents contractuels et, la renonciation devant être expresse, la simple référence à la législation française pour compléter le règlement de l'économat était insuffisante d'autant que la lettre d'embauche prévoyait que s'appliquaient les dispositions du règlement du personnel de l'UNESCO en ce qui concerne les privilèges. La cour d'appel avait, par ailleurs, constaté que l'UNESCO avait toujours revendiqué ce privilège.

Plus pertinente, la seconde question oblige à considérer le système mis en place en l'espèce par le règlement de l'économat pour connaître des litiges entre l'organisation internationale et cette catégorie de salariés et à vérifier s'il est compatible avec la conception française de l'ordre public international, l'UNESCO n'ayant pas adhéré à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il résulte de l'article 25 du règlement définissant les conditions d'emploi du personnel de l'économat de l'UNESCO qu'après contestation devant le conseil d'administration toute décision de celui-ci peut faire l'objet d'un arbitrage devant le président ou le président suppléant du conseil d'appel de l'organisation.

Cet arbitre présente-t-il toutes garanties d'indépendance et d'impartialité ?

Il s'agit de personnalités compétentes et indépendantes nommées pour un mandat de six ans par le conseil exécutif, organe composé de représentants des États membres de l'UNESCO.

La procédure devant cet arbitre présente-t-elle des garanties suffisantes ?

Il est prévu une convocation puis un échange d'arguments et de conclusions, la possibilité d'investigations telles que l'audition de témoins, l'expertise, la demande de pièces...

La question de l'assistance par un avocat était posée, le règlement prévoyant la possibilité de se faire assister par un délégué du personnel, ou un membre de son choix du personnel de l'économat ou de l'organisation. La cour d'appel a constaté que cette formulation n'excluait pas l'assistance de l'intéressé par un conseil de son choix dont rien ne permet de dire que l'UNESCO l'aurait refusée. Il s'agit d'ailleurs d'une formulation classique, en matière disciplinaire notamment, et qui ne prohibe pas l'assistance par un avocat.

Enfin, la décision doit être rendue, sauf exception, dans un délai de trente jours ouvrables et par écrit, ce qui sous-tend qu'elle doit être motivée. Elle est définitive et sans appel.

L'arrêt approuve donc la cour d'appel d'avoir retenu le privilège de juridiction de l'UNESCO dans un litige avec un salarié, solution identique aux décisions concernant l'UEO (1^{re} Civ., 14 novembre 1995, *Bull.* 1995, I, n° 413, pourvoi n° 90-43.633), l'OCDE (1^{re} Civ., 24 octobre 2000, *Bull.* 2000, I, n° 265, pourvoi n° 98-43.052) ou Eutelsat (Soc., 5 juin 2001, *Bull.* 2001, V, n° 204, pourvoi n° 98-44.996), alors qu'une solution inverse avait été retenue pour l'Union latine (Soc., 30 septembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 245, pourvoi n° 01-40.763) ou la Banque africaine de développement (Soc., 25 janvier 2005, *Bull.* 2005, V, n° 16, pourvoi n° 04-41.012), dans ce dernier cas au constat de l'impossibilité pour le salarié d'exercer son droit à un tribunal pour connaître de sa cause.

Séparation des pouvoirs

Séparation des pouvoirs – Compétence judiciaire – Domaine d'application – Litige relatif à un contrat de droit privé – Contrat de droit privé – Caractérisation – Cas – Contrat de prêt entre salariés et employeur auquel se substitue un établissement public administratif – Applications diverses
Soc., 28 janvier 2009, Bull. 2009, V, n° 29, pourvois n° 08-40.519 à 08-40.522

La loi n° 2004-105 du 3 février 2004 a créé l'établissement public à caractère administratif Agence nationale pour la garantie des droits des mineurs (ANGDM), ayant pour mission, notamment, de garantir, au nom de l'État, en cas de cessation définitive d'activité d'une entreprise minière ou ardoisière, l'application des droits sociaux des anciens agents de cette entreprise relevant du régime spécial de la sécurité sociale dans les mines. L'ANGDM verse l'ensemble des prestations dues aux anciens agents des entreprises minières ou ardoisières ayant définitivement cessé leur activité.

Selon le décret n° 2004-1466 du 23 décembre 2004, ; l'ANGDM vient aux droits des entreprises pour garantir des droits et prestations déterminés : ainsi, elle verse les prestations de chauffage et de logement prévues par le statut du mineur ; elle se substitue aux entreprises dans les contentieux relatifs aux droits et prestations relevant de sa compétence ainsi que

dans ceux liés à la cessation d'activité des entreprises et relevant de sa compétence, notamment les contentieux relatifs au droit du travail.

D'anciens salariés des Houillères du bassin du Centre et du Midi avaient droit comme retraités au versement d'une indemnité de logement et d'une indemnité de chauffage. Le jour de leur départ en retraite, ils ont conclu avec leur employeur un contrat par lequel ils recevaient un certain capital qu'ils remboursaient leur vie durant au moyen de l'indemnité de logement à laquelle ils avaient droit, ce capital leur permettant de se porter acquéreurs de la maison qu'ils occupaient. Faisant valoir que le montant du capital avait été intégralement remboursé, ils ont saisi la juridiction prud'homale d'une demande à l'encontre de l'ANGDM pour obtenir la restitution de l'indemnité de logement que cet organisme avait continué à percevoir. L'ANGDM a soulevé l'incompétence de la juridiction judiciaire au profit de la juridiction administrative.

La chambre sociale était ainsi saisie pour la première fois d'une question de compétence concernant les litiges entre d'anciens mineurs et l'ANGDM. Sur cette question, les cours d'appel étaient divisées.

Par décision du 16 octobre 2006 (*Bull.* 2006, T. conflits, n° 29, p. 33, *Bull. jur. contrats publics* 2006, p. 419, conclusions J.-H. Stahl), le Tribunal des conflits avait jugé que, sauf disposition législative contraire, la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu ; il avait ainsi estimé que la transformation de la Caisse centrale de réassurance en société anonyme, postérieurement à la signature de la convention litigieuse, était sans incidence sur l'appréciation de la nature juridique de cette convention.

Cette règle avait été reprise par la première chambre civile (1^{re} Civ., 14 novembre 2007, *Bull.* 2007, I, n° 359, pourvoi n° 06-16.177), qui, en présence d'un contrat conclu avant la modification du statut d'EDF, entre une société et EDF, alors établissement public industriel et commercial, contrat soumis à un régime exorbitant du droit commun et présentant le caractère d'un contrat administratif, avait jugé que le litige qui portait sur une obligation découlant de ce contrat ne relevait pas de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.

L'arrêt du 28 janvier 2009, après avoir rappelé que l'ANGDM se substitue aux entreprises dans les contentieux relatifs aux droits et prestations relevant de sa compétence ainsi que dans ceux liés à la cessation d'activité des entreprises, applique la même règle et en déduit que, les contrats conclus entre les salariés et leur employeur étant des contrats de droit privé, les litiges relatifs à leur application relèvent de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.

Contentieux préélectoral

Élections professionnelles – Procédure – Décision du tribunal d’instance – Contentieux préélectoral – Voies de recours – Détermination
Soc., 23 septembre 2009, Bull. 2009, V, n° 195, pourvoi n° 08-60.535

L’arrêt rendu le 23 septembre 2009 constitue un revirement de jurisprudence en matière de contestation électorale.

Jusqu’à cet arrêt, et depuis 2002, la chambre sociale (*Soc.*, 7 mai 2002, *Bull.* 2002, V, n° 148, pourvois n° 01-60.040 et 01-60.041, *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2002, p. 377) refusait d’ouvrir le pourvoi en cassation contre les décisions émanant d’un tribunal d’instance statuant en matière de contestation préélectorale, rendues en dernier ressort.

Dans son arrêt du 7 mai 2002, la chambre sociale avait, au visa des articles L. 423-15 et L. 433-11 du code du travail devenus R. 2314-27 et R. 2324-23, considéré que les pourvois formés par les demandeurs étaient irrecevables au regard du principe selon lequel la décision du tribunal d’instance statuant avant les élections sur la régularité d’une liste de candidatures à des élections professionnelles dans l’entreprise n’est pas susceptible de pourvoi en cassation, dès lors que cette contestation peut être portée devant le juge de l’élection dont la décision peut être frappée de pourvoi.

Dans des arrêts postérieurs, la chambre sociale avait repris cette solution (*Soc.*, 26 mars 2003, pourvois n° 01-60.925 et 02-60.001) puis l’avait étendue pour prendre en compte dans son champ d’application la liste des salariés mis à disposition, la reconnaissance de la qualité d’établissement distinct d’un site de l’entreprise et la validité des protocoles préélectoraux conclus en vue des élections (*Soc.*, 21 mai 2003, *Bull.* 2003, V, n° 168, pourvoi n° 01-60.787) et les informations relatives aux effectifs et à leur répartition, ainsi que les modalités d’organisation et le déroulement des opérations électorales (*Soc.*, 30 mars 2004, *Bull.* 2004, V, n° 100, pourvois n° 02-60.815 à 02-60.819).

L’irrecevabilité du pourvoi en cassation en matière préélectorale était principalement justifiée par des considérations d’ordre pratique. Le recours en cassation ne pouvant, compte tenu de la brièveté des délais, survenir avant la tenue des élections, il apparaissait que le jugement préélectoral ne pouvait relever d’un recours en cassation utile. Pour autant, les parties à la décision préélectorale n’étaient pas privées de recours, puisque le jugement du tribunal d’instance pouvait, selon la jurisprudence antérieure de la chambre sociale, être porté après le scrutin devant le juge de l’élection.

L’entrée en vigueur de la loi n° 2008-789, du 20 août 2008, portant réforme de la démocratie sociale, modifie cependant la situation. Le premier tour des élections devient à la fois mesure de l’audience électorale des syndicats et scrutin d’entreprise. De nombreux litiges peuvent donc naître pendant la période électorale et nécessitent d’être tranchés définitivement et rapidement.

Dans l’espèce commentée, la Régie autonome des transports parisiens (RATP) avait formé un pourvoi en cassation contre le jugement rendu le 3 novembre 2008 par le tribunal

d'instance de Paris 20^e portant sur les conditions de négociation du protocole préélectoral. Était en litige la question des syndicats devant être associés à la négociation préélectorale.

La Cour de cassation en admet la recevabilité en mettant en exergue la nature constitutionnelle du pourvoi en cassation par un attendu de principe ci-après reproduit : « Attendu que le pourvoi en cassation contre une décision rendue en dernier ressort est une voie de recours qui constitue pour les justiciables une garantie fondamentale; qu'il s'ensuit que la décision du tribunal d'instance statuant en matière de contestation préélectorale, rendue en dernier ressort, est susceptible de pourvoi en cassation. »

Au fondement de sa décision, la Cour de cassation applique ainsi, pour la première fois, le principe constitutionnel selon lequel le pourvoi en cassation est une voie de recours qui constitue pour les justiciables une garantie fondamentale. Ce principe avait été initialement posé en des termes voisins par le Conseil constitutionnel dans deux décisions (Cons. const., décisions du 14 mai 1980, n° 80-113 et du 10 mai 1988, n° 88-157). La solution dégagée par la chambre sociale privilégie ainsi l'efficacité et la sécurité juridique en matière préélectorale.

La généralité de l'attendu de principe montre que la recevabilité du pourvoi concerne toutes les contestations préélectorales, qu'elles portent sur le protocole, la liste des électeurs, l'éligibilité ou les opérations électorales.

L'arrêt a été rendu sur avis conforme de l'avocat général.

III – DROIT IMMOBILIER, ENVIRONNEMENT ET URBANISME

A – Chasse

Chasse – Associations communales et intercommunales de chasse agréées – Membres – Propriétaire de droit de chasse ayant fait apport de ses droits – Ayant cause à titre particulier – Exclusion

3^e Civ., 9 décembre 2009, pourvoi n° 09-11.333, en cours de publication

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000 sur la loi relative à la chasse, reconnaît que « le droit de chasse sur un bien foncier se rattache au droit d'usage de ce bien, attribut du droit de propriété ».

L'article L. 422-21 du code de l'environnement, qui a pris la suite de l'article L. 222-19 du code rural, lequel succédait lui-même à l'article 4 de la loi du 10 juillet 1964, dite « loi Verdeille », énumère en son I la liste des personnes pouvant disposer de la carte de membre d'une association communale de chasse agréée (ACCA), structure à l'origine créée dans le triple but d'organiser la chasse considérée comme un sport dans le respect d'un équilibre agro-sylvo-cynégétique, de favoriser l'accès du plus grand nombre à un territoire de chasse et d'assurer un coût raisonnable à cette activité. Sont en particulier membres de droit d'une ACCA les titulaires d'un permis de chasser validé qui sont domiciliés dans la commune ou y ont une résidence pour laquelle ils figurent, l'année de leur admission, pour la quatrième année sans interruption, au rôle d'une des quatre contributions directes, ou encore qui, propriétaires ou détenteurs de droits de chasse, ont fait apport de leurs droits de chasse ainsi que, s'ils sont titulaires d'un permis de chasser, leurs conjoints, ascendants et descendants, gendres et belles-filles du ou des conjoints apporteurs.

Un contentieux portant sur la situation des propriétaires dont les parcelles de terre sont incorporées dans les territoires des ACCA s'est développé à la fois devant les juridictions judiciaires, européenne et administratives.

La troisième chambre civile a ainsi été amenée à de nombreuses reprises, et encore récemment dans un arrêt du 28 septembre 2005 (*Bull.* 2005, III, n° 178, pourvoi n° 04-17.014), à reconnaître le caractère limitatif de la liste des membres de droit des ACCA, en retenant qu'en sont, en particulier, exclus les acquéreurs de terrains dont les anciens propriétaires avaient fait apport volontaire ou forcé de leur droit de chasse à une ACCA.

La Cour européenne des droits de l'homme, exprimant un avis différent de celui qu'avait émis la troisième chambre civile dans un arrêt du 16 mars 1994 (*Bull.* 1994, III, n° 55, pourvoi n° 91-16.513), a, dans une décision du 29 avril 1999 (CEDH, 29 avril 2009, *Chassagnou et autres c. France*, requête n° 25088/94), conclu, en ce qui concerne les petits propriétaires hostiles à l'activité même de chasse et que la présence de chasseurs sur leurs parcelles heurtait dans leurs convictions personnelles, à une ingérence dans la jouissance des droits tirés de la qualité de propriétaire, à une différence de traitement entre les grands et les petits propriétaires constitutive d'une discrimination (les terrains des premiers échappant, en raison

de leur surface supérieure à un certain seuil – généralement de 20 ha mais pouvant atteindre dans certaines régions 60 ha –, à l'intégration obligatoire dans le territoire de l'ACCA) et à une atteinte à la liberté d'association « négative » (l'inclusion des terrains emportant l'adhésion à l'association dont ils réprouvaient, par principe, l'activité).

Le législateur français, tirant certaines conséquences de cette décision, a adopté la loi du 20 juillet 2000 qui ouvre aux propriétaires de « petites parcelles » non chasseurs le droit de s'opposer à l'intégration de ces parcelles dans le territoire soumis à l'action d'une ACCA, au nom de leurs convictions personnelles opposées à la pratique de la chasse. Il a ainsi reconnu le respect dû à une forme d'« objection de conscience ». Dans le même souci, la même loi ne rend plus obligatoire l'adhésion des propriétaires non chasseurs à cette association et en fait une démarche volontaire de la part de ceux dont les parcelles seraient comprises dans le territoire de l'ACCA.

Le contentieux s'est alors poursuivi devant les juridictions administratives pour remettre en cause l'article L. 422-10 5° du code de l'environnement qui prévoit, uniquement en faveur des petits propriétaires non chasseurs, la possibilité de retirer leurs parcelles du territoire de l'ACCA dès lors qu'ils se déclarent opposés à la chasse et s'engagent à interdire toute activité de chasse sur lesdites parcelles, la thèse défendue étant que cette même possibilité de retrait devait être offerte aux propriétaires chasseurs, dans la ligne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1999.

Le Conseil d'État, dans un arrêt du 16 juin 2008 (CE, 16 juin 2008, requête n° 296632), a jugé que la jurisprudence « Chassagnou » de la Cour européenne des droits de l'homme ne pouvait s'appliquer qu'aux opposants à la chasse sans pouvoir être transposée aux contestations des petits propriétaires chasseurs désireux de continuer à chasser seuls sur leurs terres. Il a écarté que fût portée une atteinte disproportionnée au droit de propriété de ces propriétaires, qui, membres de droit de l'ACCA, bénéficient par voie de conséquence du droit de chasser sur l'ensemble du territoire de l'association, ou à la liberté d'association dès lors que les requérants ne se fondaient pas sur des convictions personnelles opposées à toute forme de pratique de la chasse et a exclu qu'il y eût discrimination au sens de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Entre-temps, la Cour européenne des droits de l'homme avait été saisie par des requérants qui, se réclamant de la jurisprudence « Chassagnou », faisaient principalement valoir que, membres d'une association de chasse à laquelle ils avaient déjà apporté leur droit de chasse, ils ne pouvaient se voir imposer l'incorporation de leurs petites parcelles dans le territoire de l'ACCA ainsi que l'adhésion obligatoire à cette dernière et dénonçaient une violation des articles 9 et 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et premier du Protocole n° 1, ainsi que de l'article 14 de la Convention combiné avec ces dispositions. Dans une décision du 6 décembre 2007 (CEDH, 6 décembre 2007, requêtes n° 25708/03 et 25719/03), la Cour européenne, relevant que les requérants n'étaient pas des opposants éthiques à la chasse, a estimé que « les autorités n'[avaie]nt pas outrepassé leur marge d'appréciation en jugeant qu'il était "nécessaire" de rattacher d'office leurs parcelles à l'ACCA de la commune où elles se situent, même si elle a[vaie]nt eu pour corollaire l'adhésion des intéressés à celle-ci ». Elle a, en conséquence, jugé partie de la

requête mal fondée et écarté comme irrecevable la partie de la requête invoquant une violation de l'article 14 de la Convention faute d'épuisement des voies de recours devant les juridictions françaises sur ce point, le moyen n'ayant pas été soulevé devant ces dernières.

Dans l'arrêt commenté, la troisième chambre civile s'est prononcée, notamment au regard des dispositions conventionnelles, sur la situation de petits propriétaires chasseurs dont les terrains étaient inclus dans le territoire d'une ACCA et qui, non apporteurs du droit de chasse, souhaitaient néanmoins que leur fût conférée la qualité de membres de droit de cette association, leur restituant la possibilité de chasser sur leurs parcelles et sur l'ensemble du territoire de l'ACCA qui leur avait été accordée, par erreur, pendant plusieurs années et que l'ACCA, désireuse de se mettre en règle avec la législation, leur avait retirée.

En rappelant que l'article L. 422-21-I du code de l'environnement énumère de façon limitative la liste des personnes pouvant obtenir la carte de membre d'une ACCA et que l'acquéreur de parcelles dont un précédent propriétaire, titulaire d'un droit de chasse, en a fait l'apport à l'association, n'entre pas dans cette énumération, la troisième chambre civile a confirmé la position qui était déjà la sienne dans le passé en distinguant le propriétaire initial qui apporte le droit de chasse attaché à une parcelle lors de l'incorporation, volontaire ou forcée, de celle-ci dans le territoire de l'ACCA, du cessionnaire de cette parcelle qui n'a pu se voir transmettre un droit que le cédant lui-même n'avait plus.

En approuvant la cour d'appel d'avoir retenu que la loi qui avait instauré un droit d'objection à la chasse, sans ouvrir de nouveaux droits aux propriétaires chasseurs de petites parcelles, n'était pas contraire à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, elle a, en outre, estimé que l'atteinte apportée au droit de propriété de l'ayant droit à titre particulier de l'apporteur du droit de chasse à ACCA, justifiée par des considérations d'ordre public tenant à l'entretien et à la mise en valeur des espaces réservés à la chasse, n'était pas disproportionnée et ne heurtait, en particulier, pas l'article 1 du premier Protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle a ainsi rejoint l'opinion du Conseil d'État qui a clairement énoncé que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne pouvait s'appliquer qu'aux opposants à la chasse sans pouvoir être transposée aux contestations des petits propriétaires chasseurs. Elle a d'ailleurs, chose rare, ajouté à la motivation de l'arrêt d'appel attaqué, en précisant que les règles visaient à prévenir une pratique désordonnée de la chasse et à favoriser une gestion rationnelle du patrimoine cynégétique, reprenant ainsi les termes qu'avait employés le Conseil d'État pour définir le motif d'intérêt général auquel répondait le régime des ACCA.

Ce maintien d'une acception stricte de la liste des membres de droit des ACCA va dans le sens d'un des objectifs poursuivis par celles-ci qui tient à la régulation du nombre de chasseurs sur leur territoire dans le souci de limiter la disparition du gibier et de réduire les accidents de chasse, nécessairement favorisés par la multiplication des chasseurs. Décider le contraire aurait, en effet, pu encourager l'achat par des non-résidents dans la commune de minuscules parcelles uniquement dans le but de se voir ouvrir l'accès à l'ensemble du territoire de l'ACCA locale, ce que le législateur lui-même, qui a étendu, par les lois des 26 juillet 2000 et 9 juillet 2001, la liste des membres de droit des ACCA en y faisant entrer davantage de membres des familles des apporteurs de droits de chasse, n'a pas cru bon de faire.

B – Construction

Assurance dommages – Assurance dommages-ouvrage – Sinistre – Déclaration – Absence de réponse de l'assureur dans les délais légaux – Sanction – Portée – Détermination

3^e Civ., 28 janvier 2009, Bull. 2009, III, n° 23, pourvoi n° 07-21.818

La troisième chambre civile a été amenée à se prononcer sur la portée de la sanction du non-respect par l'assureur dommages-ouvrage du délai de soixante jours, courant à compter de la réception de la déclaration de sinistre, qui lui est imparti par l'article L. 241-2 du code des assurances pour notifier à l'assuré sa décision quant au principe de la mise en jeu des garanties prévues au contrat.

La chambre avait à plusieurs reprises depuis de nombreuses années affirmé que le non-respect du délai légal empêchait l'assureur d'opposer à l'assuré une non-garantie quelconque résultant de la nature des désordres ou du contrat.

La question nouvelle posée par le pourvoi était celle de savoir si l'assureur défaillant pouvait invoquer par voie d'exception la nullité du contrat.

La troisième chambre, dans la continuité de ses décisions antérieures sanctionnant fermement la carence de l'assureur face à ses obligations légales, et notamment d'un arrêt du 20 juin 2007 (pourvoi n° 06-13.565) appliquant à l'assureur la « déchéance » du droit d'invoquer toute cause de non-garantie, approuve la cour d'appel d'avoir exclu la possibilité d'invoquer valablement cette nullité, l'assureur s'étant, par sa carence, privé de la possibilité d'opposer toute cause de non-garantie.

Ainsi, malgré la faute éventuellement commise par l'assuré, l'assureur défaillant reste déchu du droit d'invoquer la nullité.

Cet arrêt confirme la volonté de la chambre (que certains auteurs ont qualifiée de jusqu'aboutiste) d'appliquer sans faiblesse à l'assureur défaillant la déchéance du droit d'opposer « toute cause de non-garantie ».

Il appartient donc à l'assureur d'être tout particulièrement vigilant sur le respect du délai, l'obligation de garantir en cas de défaillance apparaissant très difficilement évitable.

Assurance dommages – Assurance dommages-ouvrage – Assureur – Obligations contractuelles – Préfinancement efficace de travaux de nature à mettre fin aux désordres – Inexécution – Cas

3^e Civ., 11 février 2009, Bull. 2009, III, n° 33, pourvoi n° 07-21.761

Par un arrêt du 7 décembre 2005 (Bull. 2005, III, n° 235, pourvoi n° 04-17.418), la troisième chambre civile de la Cour de cassation a retenu que le maître de l'ouvrage ayant souscrit une assurance dommages-ouvrage est en droit d'obtenir le préfinancement des travaux de nature à assurer leur efficacité pour mettre fin aux désordres. Il s'ensuit que l'assureur dommages-ouvrage est tenu de l'obligation contractuelle de préfinancer des travaux

efficaces de nature à mettre fin aux désordres. Le manquement à cette obligation justifie la mise en cause de la responsabilité contractuelle pour faute de l'assureur dommages-ouvrage.

C'est précisément ce qu'avait retenu un arrêt de la troisième chambre civile en date du 24 mai 2006 (*Bull.* 2006, III, n° 133, pourvois n° 05-11.708 et 05-12.398) en rejetant un pourvoi aux motifs « qu'ayant constaté que l'assureur "dommages-ouvrage" avait proposé à l'acceptation de son assuré non professionnel un rapport d'expertise unilatéral défectueux conduisant à un préfinancement imparfait qui, de plus, avait été effectué avec retard et que les travaux préconisés et exécutés n'avaient pas été suffisants, la cour d'appel, qui ne s'est pas fondée sur les stipulations du contrat d'assurance, a pu retenir que l'assureur n'avait pas rempli ses obligations contractuelles en ne préfinançant pas des travaux efficaces de nature à mettre fin aux désordres ».

Après avoir défini l'objet de la garantie résultant de la souscription d'un contrat d'assurance dommages-ouvrage, l'article L. 242-1 du code des assurances prévoit que l'assureur a un délai maximal de soixante jours, à compter de la réception de la déclaration de sinistre, pour notifier à l'assuré sa décision quant au principe de la mise en jeu des garanties prévues au contrat et, lorsqu'il accepte la mise en jeu de ces garanties, un délai maximal de quatre-vingt-dix jours pour présenter une offre d'indemnité et précise que, lorsque l'assureur ne respecte pas l'un de ces délais ou offre une indemnité manifestement insuffisante, « l'assuré peut, après l'avoir notifié, engager les dépenses nécessaires à la réparation des dommages. L'indemnité versée par l'assureur est alors majorée de plein droit d'un intérêt égal au double du taux de l'intérêt légal ».

Par un arrêt en date du 7 mars 2007 (*Bull.* 2007, III, n° 32, pourvoi n° 05-20.485), publié au *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2007, p. 390-391), la troisième chambre civile de la Cour de cassation a rejeté un pourvoi aux motifs « que l'article L. 242-1 du code des assurances fixe limitativement les sanctions applicables aux manquements de l'assureur dommages-ouvrage à ses obligations ; qu'ayant constaté que l'assuré fondait sa demande de dommages-intérêts sur la faute en soutenant que la perte locative qu'il avait subie trouvait sa cause dans le retard apporté par l'assureur à l'exécution de son obligation de préfinancement des travaux, la cour d'appel, abstraction faite d'un motif erroné mais surabondant relatif à l'absence de souscription de la garantie des dommages immatériels, a légalement justifié sa décision ».

On pouvait se demander, à la lecture de cet arrêt, si la Cour de cassation entendait limiter les sanctions applicables aux manquements de l'assureur dommages-ouvrage à ses obligations, quelles qu'elles soient, à celles fixées par l'article L. 242-1 du code des assurances en excluant ainsi la mise en jeu de la responsabilité contractuelle de droit commun retenue par l'arrêt du 24 mai 2006 en cas de manquement à l'obligation de préfinancer des travaux efficaces.

C'est ce qu'avait pensé l'arrêt attaqué en déboutant les assurés de leur demande de dommages-intérêts en réparation de leurs troubles de jouissance aux motifs que l'assureur dommages-ouvrage n'est pas personnellement responsable des insuffisances de l'expert commis par elle-même, en l'absence de toute carence de sa part dans la lecture du rapport et dans la proposition d'indemnisation et que l'article L. 242-1 du code des assurances fixe

limitativement les sanctions applicables aux manquements de l'assureur dommages-ouvrage à ses obligations et ne met pas à la charge de l'assureur défaillant l'indemnisation du préjudice de jouissance des maîtres d'ouvrage.

La censure de cet arrêt démontre que cette lecture de l'arrêt du 7 mars 2007 était erronée. Il convient d'ailleurs de relever que cet arrêt du 7 mars 2007 précisait bien que « l'assuré fondait sa demande de dommages-intérêts sur la faute en soutenant que la perte locative qu'il avait subie trouvait sa cause dans le retard apporté par l'assureur à l'exécution de son obligation de préfinancement des travaux », ce qui situait l'affaire sur le terrain du non-respect des délais institués par l'article L. 242-1 du code des assurances.

En cassant l'arrêt attaqué aux motifs « qu'en statuant ainsi, tout en constatant que sur la déclaration de sinistre du 11 janvier 1994, la société AXA avait mandaté son expert CBI, qui avait rendu un rapport très succinct et dubitatif préconisant la reprise des coulures de suies, puis en 1995 des reprises minimales, alors que l'expert judiciaire avait constaté que l'expert dommages-ouvrage n'avait relevé qu'un aspect éventuellement secondaire et aggravant des désordres qui ne venaient pas à l'évidence d'une absence d'arase et avait chiffré les travaux de reprise à la somme de 32 014,34 euros, ce dont il résultait que la société AXA n'avait pas rempli ses obligations contractuelles en ne préfinançant pas des travaux efficaces de nature à mettre fin aux désordres, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé » (article 1147 du code civil), la troisième chambre civile réaffirme la solution qu'elle avait retenue par son arrêt du 24 mai 2006.

Il s'ensuit donc que ces arrêts, du 24 mai 2006 et du 7 mars 2007, constituent deux solutions complémentaires, que l'on peut résumer ainsi :

- le non-respect des délais de soixante jours et de quatre-vingt-dix jours de l'article L. 241-1 du code des assurances ne peut entraîner que les sanctions expressément prévues par ce texte ;
- le manquement à l'obligation de préfinancer des travaux efficaces de nature à mettre fin aux désordres, qui constitue une faute contractuelle, justifie la mise en jeu de la responsabilité contractuelle de droit commun de l'assureur dommages-ouvrage.

C – Vente

Vente – Vendeur – Obligations – Obligation de renseigner – Immeuble – Situation de l'immeuble au regard de l'amiante – Obligation de transmettre à l'acquéreur l'état établi par un professionnel, et non de livrer un immeuble exempt d'amiante

3^e Civ., 23 septembre 2009, Bull. 2009, III, n° 204, pourvoi n° 08-13.373

Un vendeur avait fait procéder au diagnostic amiante et l'attestation du diagnostiqueur, annexée à l'acte de vente, concluait à l'absence de produit susceptible de contenir de l'amiante. Cette indication était reprise dans une mention de l'acte de vente. Un nouvel examen fait par l'acquéreur a cependant révélé la présence de cette substance, dans des parties de l'immeuble accessibles.

L'acquéreur ayant assigné le vendeur en paiement des frais de désamiantage et de reconstruction, il s'agissait de savoir la nature de l'obligation mise à la charge du vendeur par la législation sur l'amiante : est-ce seulement une obligation d'information ou bien, si le diagnostic est négatif, le vendeur est-il tenu de livrer un immeuble exempt d'amiante ?

Les dispositions législatives et réglementaires en matière d'amiante figurent désormais dans le code de la santé publique (ancien article L. 1334-7, devenu L. 1334-13, et article R. 1334-24) et ne modifient pas la réponse à la question posée par rapport aux textes en vigueur à l'époque des faits (décret du 7 février 1996, modifié notamment par le décret du 3 mai 2002). Il en résulte que le vendeur d'un immeuble bâti a l'obligation de joindre à tout contrat ou promesse de vente un état mentionnant la présence éventuelle d'amiante, dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles L. 271-4 à L. 271-6 du code de la construction et de l'habitation, le paragraphe II de l'article L. 271-4 prévoyant les sanctions découlant de l'absence de ce document.

Il résulte de ces textes que, d'une part, le législateur a entendu confier à un tiers, professionnel agréé, la recherche d'une information technique dans le domaine très spécialisé des pathologies de l'immeuble que le vendeur, profane par définition, ne peut pas appréhender et, d'autre part, qu'il s'est placé sur le terrain de la garantie des vices cachés pour sanctionner le manquement du vendeur à son obligation précontractuelle d'information, l'absence d'un constat d'amiante en cours de validité et établi par un organisme agréé empêchant le vendeur de s'exonérer de la garantie des vices cachés correspondante.

En conséquence, le vendeur remplit son obligation relative à l'amiante en joignant à l'acte de vente un état conforme à la réglementation, quel que soit son contenu, lequel relève en revanche de la responsabilité professionnelle du diagnostiqueur, soumis à une obligation d'assurance.

Il ne peut en aller différemment que dans l'hypothèse où l'erreur du diagnostiqueur serait imputable au vendeur qui lui aurait caché des éléments matériels ou des informations, ce qui ramène à l'application du droit commun de la vente interdisant au vendeur de mauvaise foi de se prévaloir d'une clause d'exclusion de garantie des vices cachés.

En tout état de cause, le vendeur ne saurait, du seul fait de l'annexion d'un état négatif, être tenu de délivrer un immeuble sans amiante. Seule une stipulation contractuelle expresse en ce sens pourrait justifier sa responsabilité pour non-conformité de la chose vendue.

D – Urbanisme

Urbanisme – Permis de construire – Construction non conforme – Permis de construire suspendu – Défaut d'arrêté prescrivant l'interruption des travaux – Construction sans permis (non)

Ass. plén., 13 février 2009, Bull. crim. 2009, Ass. plén., n° 1, pourvoi n° 01-85.826

Voir le commentaire *infra*, rubrique droit pénal et procédure pénale (VII), droit pénal général (B), p. 449.

IV – ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES, COMMERCIALES ET FINANCIÈRES

A – Entreprises en difficulté

Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985) – Redressement judiciaire – Patrimoine – Créance – Admission – Chose jugée – Autorité – Seconde procédure collective contre le même débiteur – Portée

Ass. plén., 10 avril 2009, Bull. 2009, Ass. plén., n° 4, pourvoi n° 08-10.154

La question posée était celle de savoir si, sous l'empire de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, la décision du juge commissaire d'admission ou de rejet d'une créance, rendue dans le cadre de la vérification des créances lors d'une première procédure collective ayant abouti à un plan de continuation, a autorité de chose jugée dans la seconde procédure ouverte à la suite de la résolution de ce plan de continuation.

L'enjeu du débat était limité puisque la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises a supprimé, par l'article L. 627-27 du code de commerce, l'obligation faite aux créanciers de procéder à une nouvelle déclaration de créance lors de la seconde procédure collective.

La déclaration de créance au passif d'un débiteur équivaut à une demande en justice saisissant le juge commissaire qui doit statuer sur toutes les créances déclarées et son admission au passif est une décision de justice dotée de l'autorité de la chose jugée.

Lorsque le plan de continuation dont a bénéficié un débiteur est résolu et qu'une nouvelle procédure collective est ouverte à l'égard de celui-ci, la créance déclarée à la première procédure doit être à nouveau déclarée à la seconde procédure, sous peine d'extinction, quand bien même celle-ci aurait été admise à la première procédure.

Toutefois, s'il est incontestable que la seconde procédure ouverte est distincte de la première et que le créancier dont la créance a été admise au passif de la première procédure doit la déclarer intégralement à nouveau dans la seconde après déduction des sommes éventuellement perçues, il n'en reste pas moins qu'il existe une certaine interdépendance entre les deux procédures qui a conduit la chambre commerciale à préserver dans des arrêts du 3 décembre 2003 (par exemple : *Bull. 2003, IV, n° 190, pourvoi n° 02-14.474*) l'autorité de la chose jugée en ce qui concerne la régularité de la déclaration dans la première procédure.

Cette position était-elle compatible avec l'obligation de nouvelle déclaration prévue par l'article 80, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985 ?

Ce texte ne comportant aucune disposition expresse de nature à remettre en cause l'autorité de la chose jugée attachée à la décision d'admission prononcée lors de la première procédure, ce n'est que par une déduction consécutive à l'analyse de la situation procédurale au regard de la notion de chose jugée que l'on peut y parvenir après avoir vérifié si les conditions de l'article 1351 du code civil sont remplies par les demandes dans les deux procédures concernant la triple identité d'objet, de cause et de partie.

L'objet du litige est la chose demandée, déterminée par les prétentions respectives des parties, ce qui est réclamé au juge et attendu de sa décision, indépendamment de la composante juridique des demandes.

Concernant la *cause*, cette notion est plus complexe et différentes acceptions peuvent en être données, soit purement factuelle considérant qu'il s'agit de l'ensemble des faits allégués au soutien de la prétention indépendamment du droit, soit purement juridique estimant qu'il s'agit de la règle de droit servant de fondement à la demande, soit mêlant ces deux positions en y voyant l'ensemble des faits juridiquement qualifiés.

Depuis l'arrêt d'assemblée plénière du 7 juillet 2006 (*Bull.* 2006, Ass. plén., n° 8, pourvoi n° 04-10.672) la jurisprudence s'oriente vers une conception plus factuelle de la cause.

L'identité d'objet et de cause suppose que la chose demandée soit la même et que la prétention soit fondée sur la même cause. C'est finalement la réunion de l'objet et de la cause qui définit ce qui a été jugé.

Il s'avère qu'au regard de l'objet de la demande celui de la seconde déclaration paraît différent de celui de la première puisqu'il vise à obtenir du juge-commissaire l'admission de la créance au passif de la seconde procédure et le droit de participer à la répartition si celle-ci le permet. De plus, au plan factuel, le montant déclaré peut être différent si des paiements sont survenus même s'il s'agit de la créance initialement déclarée, mais il peut aussi ne pas l'être. La décision rendue dans la première procédure ne pouvait trancher une contestation inexistante au moment de son prononcé.

Concernant l'*identité de parties* en la même qualité imposée par l'article 1351, force est de constater que le représentant des créanciers est différent même s'il s'agit de la même personne puisqu'il représente un ensemble de créanciers qui a évolué et défend donc un intérêt collectif distinct de celui de la première procédure.

Dès lors, l'assemblée plénière ne pouvait que confirmer la jurisprudence de la chambre commerciale qui s'était orientée vers un refus de reconnaissance de l'autorité de la chose jugée des décisions rendues sur l'admission des créances dans la première procédure.

Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985) – Redressement judiciaire – Période d'observation – Gestion – Créance née antérieurement – Domaine d'application – Créance résultant de l'obligation de rembourser le prix de vente d'un immeuble, en application des articles L. 621-107 et L. 621-108 du code de commerce

Com., 20 janvier 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 8, pourvoi n° 08-11.098

Le présent arrêt n'est pas révélateur d'une discordance de jurisprudences entre les chambres de la Cour de cassation. Rendu à propos de la question du fait générateur de la créance de restitution du prix après annulation d'une vente, l'arrêt réaffirme un principe mais rappelle simultanément l'exception dont est assorti ce même principe.

Dans un arrêt du 28 mars 2007 (*Bull.* 2007, III, n° 46, pourvoi n° 05-21.679), la troisième chambre civile a énoncé que la nullité de la vente ayant été prononcée après l'ouverture

d'une procédure collective, il en résulte que la créance de restitution du prix née de l'annulation de cette vente est une créance qui entre dans les prévisions de l'article L. 621-32 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Ce que la chambre commerciale avait elle-même énoncé à plusieurs reprises, en affirmant que la créance de restitution du prix de vente dont l'annulation a été judiciairement prononcée naît du jugement qui la prononce (Com., 23 novembre 2004, pourvoi n° 02-20.868, et Com., 5 décembre 1995, *Bull.* 1995, IV, n° 283, pourvoi n° 93-21.172).

Cependant, il a été jugé corrélativement que, si l'annulation de la vente est prononcée sur le fondement des dispositions légales régissant les nullités des actes passés pendant la période suspecte, la créance résultant de l'obligation de rembourser le prix de vente a son origine antérieurement au jugement d'ouverture (Com., 28 janvier 2004, pourvoi n° 00-22.905, concernant l'annulation de la vente d'un immeuble, et Com., 21 mars 2006, pourvoi n° 04-20.728, concernant l'annulation d'une cession de créance). Cette solution, réaffirmée dans l'arrêt du 20 janvier 2009, trouve sa justification dans la volonté d'interdire à l'une des parties au contrat annulé de tirer un quelconque avantage de la situation alors que l'acte annulé a été passé en fraude du droit des créanciers ou a porté atteinte aux règles de l'égalité entre ceux-ci.

Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985) – Redressement judiciaire – Patrimoine – Revendication – Marchandise livrée au débiteur – Revente par celui-ci – Revendication des deniers – Assiette – Détermination

Com., 16 juin 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 81, pourvoi n° 08-10.241

Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Sauvegarde – Détermination du patrimoine – Revendication – Marchandise livrée au débiteur – Revente par celui-ci – Revendication du prix – Assiette – Créance distincte (non)

Com., 16 juin 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 84, pourvoi n° 08-15.753

Ces deux arrêts rendus, le premier au visa de l'article L. 621-124 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, le second sur le fondement de l'article L. 624-18 du code de commerce dans sa rédaction issue de cette loi, permettent l'un et l'autre de préciser le mécanisme de revendication du prix de revente d'un bien affecté d'une clause de réserve de propriété. Tous deux intéressent, sous deux angles distincts, la question de l'assiette de la revendication.

Dans le premier, l'arrêt de la cour d'appel est censuré pour avoir imputé sur le solde du prix de revente de marchandises, existant au jour de l'ouverture de la procédure collective de l'acquéreur originaire, le montant des acomptes versés avant cette date par les sous-acquéreurs. En effet, après avoir rappelé le principe selon lequel, lorsque l'acquéreur d'un bien vendu avec réserve de propriété le revend, sans avoir payé l'intégralité du prix, la revente opère, par l'effet de la subrogation réelle, transport dans le patrimoine du vendeur initial du prix ou de la partie du prix impayée par le sous-acquéreur au jour de l'ouverture de la procédure collective du débiteur, la Cour de cassation retient que la revendication du prix s'exerce sur le solde du prix de revente du bien affecté de la clause de réserve de propriété restant dû au jour précité, à concurrence du prix tel que fixé lors de la convention conclue avec le vendeur initial. En somme, par le mécanisme de la subrogation réelle, qui constitue

le fondement de la décision, la revendication s'exerce sur la totalité du prix restant dû au jour de l'ouverture de la procédure collective mais dans la limite de la créance du vendeur initial, garantie par la sûreté que constitue la propriété réservée.

Mais encore faut-il que les sommes restant dues par le sous-acquéreur, au jour de l'ouverture de la procédure collective, correspondent bien à la créance du prix de revente du bien affecté de la clause de réserve de propriété. Tel n'est pas le cas des sommes correspondant au coût de la transformation d'un véhicule, sans relation avec la convention conclue avec l'acquéreur originaire et qui procèdent d'une créance distincte. En pareille hypothèse, et c'est l'apport du second arrêt, ces sommes échappent à l'assiette de la revendication.

Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985) – Voies de recours – Appel – Appel-nullité – Recevabilité – Excès de pouvoir – Débiteur en liquidation judiciaire ni appelé ni entendu en matière de réalisation d'actif

Com., 16 juin 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 82, *pourvoi n° 08-13.565*

L'article L. 623-5 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 applicable au présent litige, dispose que ne sont susceptibles que d'un appel et d'un pourvoi en cassation de la part du ministère public les jugements statuant sur les recours formés contre les ordonnances du juge-commissaire rendues en application des articles L. 622-16, L. 622-17 et L. 622-18 lorsque le juge se prononce en matière de réalisation de l'actif du débiteur en liquidation judiciaire. Cependant, et comme chaque fois qu'une voie de recours est interdite ou différée, un recours-nullité est néanmoins possible en cas d'excès de pouvoir.

Dans cette affaire, M. R., qui a fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, était propriétaire indivis avec ses frères et sœurs d'un immeuble familial reçu dans le cadre d'une succession. Les coïndivisaires ayant fait évaluer ses parts, dans le cadre d'une procédure de liquidation-partage, ont proposé de les racheter au prix fixé par l'expert.

Le juge-commissaire ayant rejeté cette requête présentée par le mandataire liquidateur, deux des indivisaires ont formé opposition mais M. R., bien que titulaire d'un droit propre, n'a pas été convoqué à l'opposition pas plus que la décision, faisant droit à la requête, ne lui a été notifiée.

Invoquant son défaut de convocation, M. R. a formé un appel-nullité qui a été déclaré irrecevable, « la violation d'une règle de procédure telle que le principe de la contradiction ne constituant pas un excès de pouvoir de nature à ouvrir la voie de l'appel-nullité ».

La violation même d'un principe fondamental de procédure, tel celui du contradictoire, ne constitue en effet pas un excès de pouvoir, lequel n'existe que lorsque le juge use de prérogatives que la loi ne lui a pas dévolues, dépasse les attributions qu'elle lui a conférées ou, à l'inverse, refuse de juger ou de se reconnaître un pouvoir que la loi lui confère.

Un arrêt de la chambre mixte du 28 janvier 2005 (*Bull.* 2005, Ch. mixte, n° 1, *pourvoi n° 02-19.153*) a en effet posé le principe selon lequel : « Sauf dans les cas spécifiés par la loi, les jugements en dernier ressort qui ne mettent pas fin à l'instance ne peuvent être frappés de pourvoi en cassation indépendamment des jugements sur le fond que s'ils tranchent dans leur dispositif tout ou partie du principal; [...] il n'est dérogé à cette règle, comme à toute autre règle interdisant ou différant un recours, qu'en cas d'excès de pouvoir; [...] ne constitue pas un excès de pouvoir la violation du principe de la contradiction. »

Il a été fait application de cette jurisprudence par la chambre commerciale (voir notamment Com., 28 octobre 2008, pourvoi n° 07-16.958) mais dans une affaire où les parties avaient été convoquées.

Tout autre est la situation de M. R. qui n'a pas été convoqué à l'audience sur opposition, alors qu'il résulte des articles L. 622-16, L. 622-18 et L. 622-20 du code de commerce que les actions concernant la réalisation des actifs des débiteurs, ce qui était le cas en l'espèce, ne peuvent être jugées que le débiteur entendu ou dûment appelé.

Le défaut de convocation ou la convocation ne mettant pas en mesure les parties de se défendre constituent donc une violation de l'article 14 du code de procédure civile qui veut que nul ne puisse être jugé sans avoir été entendu ou appelé, règle qui est régulièrement rappelée par la Cour de cassation (2^e Civ., 2 avril 2009, pourvoi n° 08-60.584, Soc., 25 juin 2008, pourvoi n° 06-46.153).

Ce défaut de convocation caractérise donc un excès de pouvoir ouvrant le droit à l'appel-nullité.

Communauté européenne – Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 – Procédures d'insolvabilité – Article 3 – Compétence internationale – Ouverture d'une procédure principale – Tierce opposition des créanciers étrangers – Recevabilité

Com., 30 juin 2009, Bull. 2009, IV, n° 88, pourvoi n° 08-11.902

Afin d'assurer un fonctionnement efficace et effectif des procédures collectives transfrontalières nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, le Conseil de l'Union européenne a arrêté le Règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité contenant l'ensemble des dispositions obligatoires et directement applicables dans tout État membre relatives à la compétence, à la reconnaissance et au droit applicable. Depuis le 6 mai 2006, la procédure française de sauvegarde figure à l'annexe A listant les procédures d'insolvabilité entrant dans le champ d'application du texte communautaire.

L'article 16 du Règlement dispose que toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un État membre compétente en vertu de l'article 3 est reconnue dans tous les autres États membres dès qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture. L'article 26 prévoit que tout État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre lorsque cette reconnaissance produirait des effets manifestement contraires à son ordre public, en particulier à ses principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles garantis par sa Constitution.

Saisie d'une question préjudicielle dans le cadre de la procédure d'insolvabilité concernant la société de droit irlandais Eurofood, la Cour de justice des Communautés européennes a précisé, dans son arrêt du 2 mai 2006 (CJCE, 2 mai 2006, Eurofood IFCS Ltd, affaire n° C-341/04), que l'article 16 devait être interprété en ce sens que la procédure d'insolvabilité principale ouverte par une juridiction d'un État membre doit être reconnue par les juridictions des autres États membres sans que ceux-ci puissent contrôler la compétence de la juridiction de l'État d'ouverture et que l'article 26 devait être interprété en ce sens

qu'un État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre lorsque la décision d'ouverture a été prise en violation manifeste du droit fondamental à être entendue dont dispose une personne concernée par une telle procédure. Les considérants de l'arrêt insistent notamment sur la nécessité pour la juridiction saisie d'une demande d'ouverture, en raison du principe de la confiance mutuelle sur lequel repose la règle de priorité posée par l'article 16, de vérifier sa compétence dans le respect des garanties procédurales essentielles que requiert le déroulement d'un procès équitable (point 41), et sur l'importance particulière que revêt le droit pour les créanciers de participer à la procédure d'insolvabilité dans le respect du principe de l'égalité des armes, toute restriction à l'exercice de ce droit devant être dûment justifiée et entourée de garanties procédurales assurant aux personnes concernées par une telle procédure une possibilité effective de contester les mesures adoptées dans l'urgence (point 66).

En application de l'article 3 du Règlement, le tribunal de commerce de Paris s'est reconnu compétent pour ouvrir, le 2 août 2006, des procédures de sauvegarde à l'égard de sociétés membres du groupe Eurotunnel, dont les sièges sociaux n'étaient pas situés en France. Pour ce faire, il a retenu que le centre des intérêts principaux des sociétés qui l'avaient saisi n'était pas le lieu du siège statutaire mais se trouvait bien à Paris.

Des créanciers domiciliés dans un autre État membre ont fait tierce opposition aux jugements d'ouverture et ont discuté la compétence du juge français. Leur tierce opposition a été déclarée irrecevable par la cour d'appel aux motifs que cette voie n'est ouverte aux créanciers du débiteur que si leurs droits ont été atteints à raison d'une fraude ou s'ils ont invoqué un moyen propre et qu'il ne leur suffisait pas d'être intéressés par la procédure.

L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation vient affirmer que l'accès au juge de ces créanciers, qui sont concernés par la procédure d'insolvabilité de leur débiteur à laquelle ils doivent pouvoir participer et dont le droit fondamental à être entendus ne pouvait être restreint au point de les priver de la possibilité effective de contester la compétence assumée par le juge, a été méconnu en violation du Règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 et de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985) – Responsabilité – Faillite et interdictions – Cas – Pluralité – Conditions – Justification légale de chacun d'eux – Nécessité

Com., 1^{er} décembre 2009, pourvoi n° 08-17.187, en cours de publication

Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985) – Responsabilité – Dirigeant social – Action en comblement – Conditions – Faute de gestion – Pluralité de fautes – Justification légale de chacune d'elles – Nécessité

Com., 15 décembre 2009, pourvoi n° 08.21-906, en cours de publication

Les deux arrêts rapportés rompent avec une jurisprudence ancienne et constante qui validait les décisions prononçant une sanction personnelle ou une condamnation pécuniaire contre des dirigeants dès lors qu'au moins un des faits prévus par la loi ou une faute de

gestion étaient caractérisés, peu important que d'autres griefs retenus ne le soient pas, les motifs les concernant étant le cas échéant considérés comme surabondants.

L'arrêt du 1^{er} décembre 2009 réaffirme d'abord que la faillite personnelle peut être prononcée dès lors qu'un seul des faits légalement prévus est établi. De même, il ne s'agit pas de revenir sur le pouvoir optionnel des juges du fond, toujours libres de ne pas infliger de sanction même lorsque les conditions légalement requises sont remplies, et leur appréciation souveraine de l'opportunité et de la modulation de la sanction est expressément confirmée.

Mais, faisant application du principe de proportionnalité, la chambre commerciale décide de casser un arrêt qui, ayant retenu deux faits à l'encontre de la personne sanctionnée, n'en a légalement justifié qu'un seul. Le raisonnement est que chaque grief retenu a été pris en considération par les juges du fond pour décider d'infliger une mesure de faillite personnelle et pour en moduler le quantum au regard de la gravité du comportement en cause. Chaque fait retenu doit donc être légalement justifié.

Le contrôle de la Cour de cassation porte sur ce point sans qu'il soit, répétons-le, question de l'étendre à l'appréciation faite par les juges du fond de la nécessité et de l'importance de la sanction prononcée.

L'arrêt du 15 décembre 2009 précise qu'une seule faute de gestion suffit pour condamner un dirigeant social à supporter tout ou partie des dettes sociales dès lors que cette faute est légalement justifiée. Cependant, si plusieurs fautes sont retenues, chacune d'entre elles doit être caractérisée, faute de quoi la décision encourt la censure par application du principe de proportionnalité. En l'espèce, la cour d'appel avait retenu quatre fautes de gestion et fixé en conséquence le montant de la condamnation du dirigeant social. Dès lors que l'une des quatre fautes n'a pas été caractérisée, l'arrêt a été cassé : le montant de la condamnation aurait pu être différent si la cour d'appel n'avait retenu que trois fautes de gestion et non pas quatre.

Ce second arrêt ne remet pas davantage en question le pouvoir optionnel du juge du fond de ne prononcer aucune condamnation, même en présence de fautes, non plus que son pouvoir souverain dans l'appréciation du montant de la condamnation dès lors que ce dernier n'excède pas le montant de l'insuffisance d'actif. Le contrôle de la Cour de cassation porte sur l'obligation du juge du fond de caractériser chacune des fautes qu'il retient et en considération desquelles il fixe souverainement le montant de la condamnation du dirigeant social.

Le contrôle de la Cour de cassation porte également sur la caractérisation de la faute de gestion et sur le lien de causalité entre cette faute de gestion et l'insuffisance d'actif de la personne morale.

Enfin, les principes posés par les deux arrêts, prononcés sous l'empire du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, seraient transposables sous le régime de cette loi.

B – Droit des sociétés

Société (règles générales) – Parts sociales – Cession – Prix – Fixation – Fixation par expert – Critères – Détermination

Com., 5 mai 2009, Bull. 2009, IV, n° 61, pourvoi n° 08-17.465

L'article 1843-4 du code civil prévoit que dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné soit par les parties, soit, à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible.

Après avoir jugé que les modalités d'évaluation de la valeur des parts prévues par les statuts ne sauraient faire obstacle à l'application de ces dispositions qui sont d'ordre public (*Com., 4 décembre 2007, Bull. 2007, IV, n° 258, pourvoi n° 06-13.912*), la chambre commerciale a, par l'arrêt du 5 mai 2009, apporté des précisions sur les pouvoirs du juge désignant l'expert et de ce dernier quant à la méthode à suivre pour évaluer les parts.

Plusieurs éléments de texte et de jurisprudence devaient, dans le cadre de cette question, être conciliés.

Le texte précise, en effet, que la valeur des droits est fixée par l'expert. Il est donc, au-delà de sa qualité d'expert, à la fois le mandataire commun des parties, mais aussi un tiers évaluateur. Au regard de ces missions de l'expert, il a été jugé que les contractants qui ont eu recours à lui font de sa décision leur loi (*Com., 6 juin 2001, pourvoi n° 98-18.503 et Com., 19 avril 2005, Bull. 2005, IV, n° 95, pourvoi n° 03-11.790*). En application de cette même règle, le résultat de l'expertise s'impose au juge, sauf erreur grossière (en ce sens, notamment, *1^{re} Civ., 4 novembre 1987, Bull. 1987, IV, n° 26, pourvoi n° 86-10.027*; *Com., 19 décembre 2000, pourvoi n° 98-10.301*; *Com., 19 avril 2005, précité*). Il ne peut donc modifier l'évaluation (*1^{re} Civ., 4 novembre 1987, précité*) ou la fixer lui-même (*1^{re} Civ., 25 novembre 2003, Bull. 2003, I, n° 243, pourvoi n° 00-22.089*).

Il découle logiquement de ces principes que l'expert est seul juge de la méthode à retenir pour déterminer les droits en cause. C'est d'ailleurs ce qui, à plusieurs reprises, a été jugé par la Cour de cassation (*1^{re} Civ., 29 juin 1993, pourvoi n° 91-16.976*; *Com., 19 avril 2005, précité*).

Pendant, les statuts, on le sait, sont et font la loi des parties. Lorsqu'une méthode d'évaluation a été convenue par ces statuts l'expert peut-il s'en affranchir alors que, dans sa mission, il est aussi mandataire commun des associés en désaccord ?

La chambre commerciale a, par cet arrêt, décidé que seul l'expert, dont la raison d'être est d'arbitrer afin que l'associé obligé de céder ses droits ne soit pas spolié ou exproprié, avait le pouvoir de le décider. Il peut donc prendre en compte les statuts, mais n'est pas limité par eux lorsque la méthode de calcul lui apparaît de nature à aboutir à une valeur des parts qui n'est pas conforme à leur valeur réelle.

En conséquence, le juge qui désigne l'expert ne peut, sans commettre un excès de pouvoir, lui préciser, même indirectement, quels sont les critères qu'il devra retenir pour son évaluation.

Société commerciale (règles générales) – Filiale et participation – Information – Action de concert – Conditions – Volonté de mettre en œuvre une politique commune – Définition

Com., 27 octobre 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 136, *pourvoi* n° 08-18.819

Com., 27 octobre 2009, *pourvoi* n° 08-17.782

Com., 27 octobre 2009, *pourvoi* n° 08-18.779

Par trois arrêts du même jour, pour l'essentiel rédigés en termes identiques et rendus à propos de la même affaire, la chambre commerciale a tranché deux questions relatives à l'action de concert.

La première question, et la plus importante parce que la plus discutée, est celle de la notion même d'action de concert. Aux termes de l'article L. 233-10 I du code de commerce : « Sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquiescer ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer les droits de vote, pour mettre en œuvre une politique vis-à-vis de la société. » Il est, en outre, admis que ladite politique doit être commune aux concertistes, bien que le mot « commune » ne figure plus dans le texte actuel. Reste, cependant, à définir cette politique commune, ce que fait ici la chambre commerciale en optant pour la conception large qui identifie la politique commune à celle que les concertistes conduisent vis-à-vis de la société et non à celle qu'ils se proposent de conduire au sein de celle-ci en influant sur sa gestion ou sa stratégie économique ou commerciale. Cette manière de voir est loin d'être inconnue en doctrine, la plupart des auteurs distinguant la politique sociale de celle des concertistes et exposant que la politique commune caractérisant l'action de concert est celle des concertistes et non celle de la société (cf. notamment D. Schmidt, *Rép. dr. sociétés*, Dalloz, « Action de concert », septembre 2006, n° 62 et s. ; J.-J. Daigre, « Éléments constitutifs de l'action de concert », *Journal des sociétés*, n° 57, septembre 2008, p. 24 et s. ; N. Molfessis, « La preuve de l'action de concert », *Journal des sociétés*, n° 57, septembre 2008, p. 30 et s. – Pour des nuances, cf. C. Goyet, « Le critère de l'action de concert selon Dominique Schmidt : éléments de discussion », *Mélanges D. Schmidt*, Joly, 2005, p. 293 et s.). En l'espèce, l'adoption de cette conception de la politique commune conduit à voir une action de concert dans la mise en œuvre d'un accord, dit de séparation, ayant pour objet de réorganiser l'actionnariat de la société au bénéfice de deux des actionnaires parties à cet accord, peu important que celui-ci ait ou non tenu, en outre, à influencer sur la politique de la société.

La seconde question est celle des conséquences de l'action de concert et plus précisément de l'obligation de déposer un projet d'offre publique d'acquisition. Les articles L. 433-3 I du code monétaire et financier et 234-2 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers attachent une telle obligation à la circonstance qu'une personne, « agissant seule ou de concert au sens de l'article L. 233-10 du code de commerce, vient à détenir plus du tiers des titres de capital ou plus du tiers des droits de vote d'une société ». En l'espèce, la difficulté tenait au fait que l'action de concert qui devait permettre le franchissement du seuil

du tiers était destinée (selon les demandeurs aux pourvois) à prendre fin par la réalisation de l'opération faisant apparaître ledit franchissement de seuil. Avec cette conséquence, selon les pourvois, qu'il n'existerait plus, lors du franchissement de seuil, ni action de concert ni, par suite, obligation de déposer un projet d'offre publique. La chambre commerciale se montre cependant indifférente à cette circonstance. Dès lors qu'il était constaté que les conditions prévues par les textes seraient satisfaites à l'issue de l'opération, les concertistes se trouveraient alors en situation d'offre publique obligatoire et il importait peu que l'action de concert ayant permis le franchissement du seuil fût appelée à se perpétuer ou à cesser.

C – Droit bancaire

Banque – Carte de crédit – Ordre de paiement – Irrévocabilité – Opposition au paiement – Cas non prévu par la loi – Obligations de la banque du porteur et de la banque du bénéficiaire – Détermination

Com., 20 janvier 2009, Bull. 2009, IV, n° 6, pourvoi n° 08-11.273

La Cour de cassation a tranché pour la première fois la question de savoir si les banques doivent admettre une opposition formée pour un motif autre que ceux limitativement énumérés par la loi, en répondant par la négative.

La difficulté tenait à ce que, contrairement au chèque, le législateur, tout en instaurant, par la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, des motifs d'opposition strictement limités, est resté muet sur ce point précis.

Les faits étaient simples : la société Flywest commercialisait des billets d'avion jusqu'à sa mise en liquidation judiciaire en 2005. Cette société avait souscrit en 2004, auprès d'une banque, un contrat dit « accepteur » d'adhésion au système de paiement par carte bancaire ; le liquidateur avait reproché à la banque de la société Flywest d'avoir enregistré des opérations de contre-passation au débit de son compte, qui résultaient de la prise en compte, par le banquier des porteurs, d'oppositions formées par des clients qui avaient payé par carte bancaire leur voyage, au motif que la prestation n'avait pas été fournie.

La chambre commerciale a élargi à l'ordre de paiement par carte la règle prévalant pour les chèques, aux termes de laquelle le banquier ne peut prendre en compte une opposition formée pour un motif non prévu par la loi, et a rejeté le pourvoi de la banque du bénéficiaire par l'énoncé suivant :

« attendu que, selon l'article L. 132-2 du code monétaire et financier, l'ordre ou l'engagement de payer donné au moyen d'une carte bancaire est irrévocable et que l'opposition au paiement ne peut être formée que pour des cas limitativement énumérés ; qu'il en résulte que la banque du porteur ne peut admettre une opposition dont le motif n'est pas prévu par la loi et que la banque du bénéficiaire, lorsqu'elle est informée d'un tel motif, est tenue de procéder au rejet de l'impayé résultant de la prise en compte, par la banque du porteur, de l'opposition ;

[...] attendu qu'après avoir constaté qu'aucune des oppositions n'avait été formée pour l'un des motifs limitativement prévus par la loi, [...] la cour d'appel en a exactement déduit

que la banque [*du bénéficiaire*], qui a reconnu avoir connaissance du motif invoqué, ne pouvait pas tenir compte de ces oppositions pour débiter le compte [*du bénéficiaire*] par contrepassation des écritures ».

S'agissant des chèques, le principe selon lequel le banquier n'avait pas à se faire juge de la validité des oppositions, celles-ci emportant révocation immédiate du mandat, avait été remis en cause par la loi du 30 décembre 1991. Ces nouvelles dispositions ont imposé la confirmation écrite des oppositions aux chèques et encadré strictement leur régime : selon l'article L. 131-35 du code monétaire et financier, il n'est admis d'opposition au paiement du chèque qu'en cas de perte, de vol ou d'utilisation frauduleuse, de redressement ou de liquidation judiciaires du porteur. L'article R. 131-51 résultant du décret n° 92-456 du 22 mai 1992 a précisé que le banquier doit adresser une lettre au tireur, lui indiquant la raison pour laquelle son opposition ne peut être admise. L'arrêt de la chambre commerciale du 8 octobre 2002 (*Bull.* 2002, IV, n° 135, pourvoi n° 00-12.174) a toutefois précisé que la banque n'était pas tenue de contrôler la réalité du motif invoqué par le porteur.

On le sait, le législateur, en revanche, est fort peu intervenu dans la mise en place des dispositions propres au régime de paiement par cartes bancaires, qui, pour l'essentiel, s'est développé sur la base de contrats d'adhésion. La Cour de cassation a considéré qu'il existait des raisons suffisantes pour assimiler les deux régimes.

Il peut être d'abord observé que le législateur est intervenu pour consacrer le caractère irrévocable d'un tel ordre de paiement et calquer les seuls motifs limitativement admis pour faire opposition sur ceux du chèque : selon l'article L. 132-2 du code monétaire et financier, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009, « l'ordre ou l'engagement de payer donné au moyen d'une carte de paiement est irrévocable. Il ne peut être fait opposition au paiement qu'en cas de perte, de vol ou d'utilisation frauduleuse de la carte ou des données liées à son utilisation, de procédure de sauvegarde, de redressement, ou de liquidation judiciaire du bénéficiaire ».

Selon Mmes Perrochon et Bonhomme (*Entreprises en difficultés, instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 7^e édition, n° 837), les banques ont eu tendance à se faire juges de la validité de l'opposition, « en l'absence d'un texte relatif à la mainlevée devant le juge des référés d'une opposition irrégulière, comme il en existe en matière de chèque ».

Au-delà de ce motif, l'équilibre délicat du système de paiement par carte repose, pour le porteur, sur le fait que s'il fait opposition pour un des motifs énoncés par la loi dans les conditions prévues par ces textes, les prélèvements ne pourront être à sa charge, ce qui assure la sécurité du porteur contre les fraudes. En revanche, il ne peut rétracter un ordre qu'il reconnaît avoir donné, assurant ainsi la sécurité du paiement au fournisseur, ce qui se traduit, vis-à-vis de la banque émettrice, par l'équivalent d'une inopposabilité des exceptions tirées de ses rapports avec le fournisseur. De cet équilibre résulte la sécurité de ce qui est devenu, depuis 2004, le principal moyen de paiement des Français.

Admettre que la banque du porteur puisse prendre en compte des oppositions formées pour contestation du service rendu aurait conduit à un affaiblissement incontestable de ce

moyen de paiement, en créant un déséquilibre entre les droits et devoirs de chacune des parties à l'opération.

Il appartenait dans un second temps à la chambre commerciale de trancher la question des obligations, non plus de la banque du porteur, mais de celle du bénéficiaire. Tout aussi clairement, pour la Cour de cassation, à la seule réserve qu'il soit établi que la banque du bénéficiaire ait été informée du motif du rejet, celle-ci doit également refuser de prendre en considération de telles oppositions et ne pas débiter le compte de son client commerçant par contre-passation des écritures.

D – Protection des consommateurs

Protection des consommateurs – Crédit à la consommation – Défaillance de l'emprunteur – Action – Délai de forclusion – Détermination – Règle d'ordre public – Portée

1^{re} Civ., 22 janvier 2009, Bull. 2009, I, n° 10, pourvoi n° 06-15.370

L'article L. 311-37 du code de la consommation dispose en son alinéa premier que : « Les actions en paiement engagées devant [*le tribunal d'instance*] à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion. »

La convention de compte courant, en ce que ce dernier se caractérise, selon la définition qu'en a donnée la chambre commerciale (9 octobre 2001, *Bull.* 2001, n° 159, IV, pourvoi n° 99-13.71), par son indivisibilité, sa fongibilité et l'existence de remises réciproques de fonds, échappe à la règle issue de l'application de cet article selon laquelle le délai court à compter de la première échéance impayée non régularisée pour les prêts classiques ou pour les crédits reconstituables remboursables à échéances convenues (Ass. plén., 6 juin 2003, *Bull.* 2003, Ass. plén., n° 6, pourvoi n° 01-12.453) ou à compter du dépassement du plafond du découvert accordé (1^{re} Civ., 23 mai 2000, *Bull.* 2000, I, n° 157, pourvoi n° 98-11.715), dès lors que les opérations faites sur un compte de cette nature correspondent à des articles de crédit ou de débit qui ne peuvent se résorber en une créance ou en une dette exigible avant la clôture du compte. La dette ne devient donc exigible qu'à la clôture du compte, laquelle constitue l'événement qui donne naissance à l'action en paiement.

Dans la présente espèce, les emprunteurs ont souscrit le même jour une offre de prêt personnel remboursable en soixante mensualités ainsi qu'une convention de compte courant lequel n'avait visiblement pas vocation à concerner les besoins professionnels du client dans le cadre de son activité.

Les échéances du prêt étaient prélevées sur le compte courant pour lequel a été conclue quelques jours plus tard une convention de découvert autorisé d'un certain montant.

Après avoir clos le compte, la banque a assigné en paiement le 4 septembre 2003 les emprunteurs qui ont invoqué la forclusion de cette demande, le montant du découvert maximal autorisé ayant été dépassé sans être résorbé dès le 10 mai 2001 et les échéances du prêt ayant cessé d'être remboursées le 5 juin 2001.

Pour rejeter la fin de non-recevoir tirée de la forclusion biennale et condamner les emprunteurs la cour d'appel avait considéré que le dépassement du découvert autorisé en compte courant ainsi que le prélèvement des échéances du prêt sur ce compte ne pouvaient constituer le point de départ du délai biennal de forclusion.

Ainsi la convention de compte courant permet de reculer le point de départ du délai de forclusion biennale à la clôture du compte laquelle relève d'une décision de la banque.

Pour autant, et dès lors que la situation décrite résulte d'un habillage juridique qui ne correspond pas au fonctionnement habituel du compte courant, peut-elle faire obstacle à l'application des règles d'ordre public du droit de la consommation ?

Sans dire la (ou les) règle qui était applicable en l'espèce où coexistaient un prêt classique et un découvert en compte d'un certain montant, la première chambre civile, par l'arrêt commenté, sanctionne une utilisation des spécificités du compte courant ainsi que des pratiques bancaires qui ont pour effet, pour ne pas dire pour objet, de neutraliser une application plus protectrice du consommateur des dispositions de l'article L. 311-37 du code de la consommation, en décidant « qu'il ne peut être fait échec aux règles d'ordre public relatives à la détermination du délai biennal de forclusion propres au crédit à la consommation par l'inscription en compte courant soit de l'échéance d'un prêt soit, en cas d'octroi d'un découvert, d'une somme dépassant le montant de celui-ci ».

Intérêts – Intérêts conventionnels – Taux – Taux effectif global – Mention erronée – Nullité – Action en nullité – Prescription – Prescription quinquennale – Point de départ – Date à laquelle l'emprunteur a connu ou aurait dû connaître l'erreur

1^{re} Civ., 11 juin 2009, Bull. 2009, I, n° 125, pourvoi n° 08-11.755

Cet arrêt vient préciser les règles à suivre en matière de prescription de l'action en annulation de la stipulation d'intérêts en cas d'erreur affectant le taux effectif global (TEG) fixé pour les opérations de crédit.

L'article L. 313-2 du code de la consommation impose que ce taux figure dans tout écrit constatant un prêt et il faut noter que ces dispositions, reprenant, dans le cadre d'une codification à droit constant, les règles générales qui étaient auparavant énoncées aux articles 1 à 7 de la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966, sont notamment applicables aux prêts à finalité professionnelle (Com., 5 octobre 2004, *Bull.* 2004, IV, n° 80, pourvoi n° 01-12.435). Il a été jugé par la première chambre (1^{re} Civ., 7 mars 2006, *Bull.* 2006, I, n° 135, pourvoi n° 04-10.876) que le délai de prescription quinquennale de l'action en annulation de la stipulation d'intérêts d'un contrat de prêt, comportant une mention erronée du taux effectif global, commence de courir à compter de la révélation à l'emprunteur de cette erreur. La chambre commerciale a, pour sa part, ensuite retenu (Com., 10 juin 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 116, pourvoi n° 06-19.452) que la prescription de l'action en nullité 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 TEG, le point de départ de cette prescription étant, 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 TEG appliqué.

L'arrêt du 11 juin 2009 qui est ici examiné contribue à clarifier le champ d'application respectif des règles ainsi posées pour la détermination du point de départ de la prescription quinquennale régissant l'action en annulation de la stipulation d'intérêts.

Pour les emprunteurs ayant obtenu un concours financier pour les besoins de leur activité professionnelle, ce sera toujours, conformément à ce qu'a jugé la chambre commerciale, la date de la convention s'agissant d'un prêt.

En revanche, lorsque l'emprunteur est un consommateur ou un non-professionnel, le point de départ de la prescription ne sera fixé à cette date que dans la mesure où l'examen de la teneur du contrat permet de constater l'erreur affectant le taux, cette circonstance établissant que l'emprunteur a nécessairement connu ou aurait dû connaître l'erreur, étant relevé qu'il en va évidemment de même dans l'hypothèse où la mention du TEG ferait défaut, cet élément ne pouvant lui échapper.

Dans les autres cas, le consommateur ou non-professionnel sera recevable à agir en annulation de la stipulation de l'intérêt conventionnel dans le délai de cinq ans suivant la révélation de l'erreur, étant noté que la sanction applicable consiste en la substitution du taux de l'intérêt légal au taux conventionnel.

Il n'est pas inutile de rappeler, enfin, comme la première chambre l'a fait à l'occasion de cette décision, que l'exception de nullité de la stipulation de l'intérêt se prescrit dans les mêmes conditions lorsque le prêt a reçu un commencement d'exécution.

E – Sûretés

Nantissement – Gage – Réalisation – Gage garantissant partiellement une dette – Imputation du versement – Détermination – Portée

Ass. plén., 6 novembre 2009, pourvoi n° 08-17.095, en cours de publication

Par son arrêt du 6 novembre 2009, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a énoncé que, lorsqu'un gage garantit partiellement une dette, le versement résultant de sa réalisation s'impute sur le montant pour lequel la sûreté a été consentie.

L'assemblée plénière a, dès lors, approuvé la cour d'appel de renvoi qui avait jugé que n'avait pas commis de faute de nature à engager sa responsabilité envers le créancier gagiste le commissaire-priseur, tiers convenu, qui, après paiement intégral du montant garanti de la dette par le produit de la réalisation partielle des objets remis en gage, avait restitué à leur propriétaire les objets non vendus, le gage étant devenu sans objet, peu important que ce dernier soit resté débiteur du solde de la dette.

Par acte du 9 décembre 1994, Mme R., bénéficiaire d'une autorisation de découvert de 250 000 francs (38 112,25 euros) en principal outre intérêts, accordée par la BIMP (la banque) et stipulée utilisable dans la limite de ce montant sauf acceptation exceptionnelle

par la banque d'un dépassement, avait confié à M. T., commissaire-priseur, aux fins de mise en vente publique, divers objets d'art, affectés à la garantie de toutes les sommes dues par elle au titre de ce découvert remboursable au plus tard le 31 mars 1995.

Le commissaire-priseur a procédé, le 20 décembre 1994, à la vente des biens gagés, à l'exception de deux consoles restées invendues qu'il a restituées à leur propriétaire, fin février 1995, après avoir versé à la banque le montant du produit de la vente, soit la somme de 305 148,20 francs (46 519,54 euros), lequel n'avait pas couvert le montant du solde débiteur du compte qui avait dépassé le découvert autorisé.

D'abord saisie, la cour d'appel de Paris, par arrêt du 6 mai 2003, avait écarté la responsabilité du commissaire-priseur en retenant que sa mission de tiers détenteur était limitée à la garde des objets affectés à la garantie de l'autorisation du découvert, telle que stipulée au contrat de nantissement, la banque ne justifiant pas que le solde qu'elle réclamait entrait dans les prévisions de ce contrat, dès lors qu'il apparaissait que la banque avait accepté de dépasser le découvert convenu.

Cette décision avait été cassée, par la première chambre (1^{re} Civ., 25 mai 2005, pourvoi n° 03-17.022) pour violation de l'article 2082 du code civil, dans sa rédaction alors applicable, au motif que « la cour d'appel avait constaté qu'après le versement du produit de la vente partielle des biens donnés en gage le compte de Mme R. était resté débiteur par suite de l'acceptation par la banque, conformément aux stipulations du contrat, du dépassement du découvert autorisé, ce dont il résultait que, ce versement s'imputant d'abord, en l'absence de clause contraire, sur la portion non garantie de la dette née de l'autorisation de découvert, celle-ci, à la sûreté de laquelle les consoles litigieuses avaient été données en gage, n'était pas éteinte ».

L'affaire avait été renvoyée devant la cour d'appel de Paris; celle-ci, par l'arrêt attaqué du 13 mai 2008, avait de nouveau écarté la responsabilité du commissaire-priseur, en reprenant en substance le raisonnement de la première cour d'appel; le nouveau pourvoi de la banque ayant repris le même grief dans un moyen identique au premier pourvoi a été, en application de l'article 431-6 du code de l'organisation judiciaire, renvoyé devant l'assemblée plénière.

L'article 2082, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, énonce, dans son premier alinéa, la règle de l'indivisibilité qui s'attache au gage : « Le débiteur du gage, sauf abus de son détenteur, ne peut réclamer la restitution du gage qu'après avoir entièrement payé la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné. »

Dans son arrêt du 25 mai 2005, la première chambre avait, en jugeant que le produit du gage s'imputait en priorité sur la partie non garantie de la dette, transposé une jurisprudence rendue en cas de paiement partiel fait par un débiteur principal d'une dette partiellement garantie par une caution (cf. Com., 28 janvier 1997, *Bull.* 1997, IV, n° 28, pourvoi n° 94-19.347). Ce faisant, ayant affirmé la règle de la primauté de l'imputation du produit du gage sur la partie non gagée, le paiement était, mécaniquement, devenu partiel et, par l'effet de la règle classique de l'indivisibilité attachée au gage avec dépossession selon laquelle un paiement partiel laisse survivre le gage en totalité, le gage ne s'était pas éteint; partant,

le commissaire-priseur avait commis une faute engageant sa responsabilité en restituant les consoles invendues à leur propriétaire.

Devant les juges du fond, il n'était pas contesté par la banque que le dépassement constaté du découvert 250 000 francs (38 112,25 euros) n'était pas garanti par le gage.

Les caractéristiques essentielles du gage, en l'état des textes antérieurs, sont bien connues à savoir, d'une part, son caractère accessoire, qui entraîne sa disparition lorsque le paiement de la dette garantie est total, et, d'autre part, son indivisibilité qui justifie sa survie lorsque le paiement est partiel. En revanche, la difficulté des règles de l'imputation d'un paiement tient à ce qu'aucun texte du code civil ne régit l'hypothèse d'une sûreté partielle d'une dette unique (le code civil ne prévoit, en effet, que deux hypothèses, qui n'ont qu'un caractère supplétif, celle de la pluralité de dettes – articles 1253 et 1256 – faisant alors prévaloir l'intérêt du débiteur, et celle d'une dette unique – article 1254 – conduisant à prévoir qu'en cas de paiement partiel le paiement s'impute en priorité sur les intérêts).

La jurisprudence a alors été conduite, en cas d'une dette unique partiellement garantie par une caution, à juger que si, dans un tel cas, un débiteur principal procède à un paiement partiel, un tel paiement s'imputant d'abord, sauf convention contraire, sur la portion non cautionnée de la dette, le cautionnement n'est pas éteint (Com., 28 janvier 1997, précité, et, antérieurement, Com., 5 novembre 1968, *Bull.* 1968, IV, n° 306).

En revanche, hormis l'arrêt de la première chambre civile du 25 mai 2005, aucune jurisprudence n'avait été rendue dans le cas d'un gage ne garantissant que partiellement une dette, lorsque le montant du produit résultant de la réalisation du gage nanti couvre intégralement le montant garanti de la dette.

La jurisprudence sur le paiement partiel fait par un débiteur principal en cas de cautionnement partiel n'a pas été jugée transposable par l'assemblée plénière au paiement provenant de la réalisation d'un gage partiel couvrant complètement le montant pour lequel la sûreté avait été consentie. En effet, dans ce dernier cas, ce n'est que par l'effet du choix de l'imputation d'un tel paiement sur la partie non garantie de la dette que ce paiement devient un paiement partiel et n'éteint plus le gage.

L'assemblée plénière a ainsi énoncé que le versement résultant de la réalisation du gage s'imputait sur le montant pour lequel la sûreté a été consentie. Ainsi que l'a souligné le premier avocat général, toute autre décision de règle d'imputation conduirait à faire dépendre le caractère partiel ou total du paiement résultant de la réalisation du gage d'une décision unilatérale de la banque d'accorder ou non un dépassement, non garanti, du crédit garanti.

Cautionnement – Caution – Recours contre le débiteur principal – Liquidation judiciaire du débiteur principal clôturée pour insuffisance d'actif – Portée

Com., 12 mai 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 68, *pourvoi n° 08-13.430*

Cet important arrêt vient préciser la portée du recours que l'article L. 622-32, alinéa 2, du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde

des entreprises, confère, après le jugement de clôture de la liquidation judiciaire du débiteur principal, à la caution qui a payé aux lieu et place de ce débiteur.

En raison de l'imprécision de ce texte, la doctrine était divisée sur cette question.

La majorité des auteurs excluait le recours subrogatoire de la caution désireuse de poursuivre le débiteur principal. Selon eux, cette difficulté tenait à la suppression de l'action en paiement du créancier contre le débiteur en cas de clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. La caution ne pouvant exercer un droit dont le créancier est privé, elle ne peut dès lors utiliser que le recours personnel de l'article 2305 du code civil.

Cependant, la subordination du recours personnel de la caution à la déclaration de sa créance, sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises, risque de rendre lettre morte la volonté du législateur d'ouvrir à la caution un régime plus favorable, alors qu'étant un débiteur accessoire elle ne doit pas supporter définitivement le poids de la dette.

D'autres auteurs considéraient que, le texte ne distinguant pas entre les différentes actions de la caution qui a payé en tout ou partie à la place du débiteur, rien ne suggère l'exclusion de l'action subrogatoire ; l'article 2306 du code civil prévoit la subrogation de la caution à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur ; en l'occurrence le droit du créancier n'est pas éteint, seule est paralysée l'action correspondante, sauf exception au profit précisément de la caution.

Par son arrêt, la chambre commerciale met fin à cette discussion. Après le jugement de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, la caution qui a payé aux lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci, soit en exerçant un recours subrogatoire sous réserve que le créancier ait déclaré sa créance, soit en exerçant un recours personnel dès lors qu'elle a elle-même déclaré sa créance ; ayant constaté que la banque avait déclaré ses créances, lesquelles avaient été admises par ordonnance du 23 novembre 2004, puis qu'elle avait délivré à la caution, à la suite du règlement de certaines sommes, deux quittances subrogatives, la cour d'appel en a exactement déduit que la caution bénéficiait par subrogation de la déclaration de créance de la banque et qu'elle était recevable en son recours subrogatoire.

Elle précise ainsi que la caution peut utiliser l'un des deux recours que lui ouvre le droit commun – recours subrogatoire, recours personnel – en rappelant les conditions de leur exercice. Le recours subrogatoire est subordonné à la déclaration par le créancier de sa créance ; le recours personnel suppose que la caution ait déclaré sa créance.

L'alternative que consacre cet arrêt renforce l'arsenal offert à la caution pour exercer son recours contre le débiteur principal après clôture de la liquidation judiciaire et respecte ainsi la volonté du législateur.

F – Propriété intellectuelle

Propriété littéraire et artistique – Droit d’auteur – Exploitation des droits – Cession des droits – Rémunération de l’auteur – Modalités – Détermination – Cas – Œuvre complexe – Applications diverses – Jeu vidéo
1^{re} Civ., 25 juin 2009, Bull. 2009, I, n° 140, pourvoi n° 07-20.387

Une société d’édition de jeux vidéo prétendait que les œuvres qu’elle éditait et qui comportaient la reproduction d’œuvres musicales relevant du répertoire de la SACEM n’étaient pas soumises au droit de reproduction mécanique géré par la SESAM (société de perception et de répartition des redevances afférentes à ce droit pour les programmes « multimédia »). Elle faisait valoir à cet effet que le jeu vidéo devait être qualifié de façon unitaire de « logiciel » et échappait en conséquence au paiement des redevances réclamées.

L’occasion a ainsi été donnée à la première chambre de donner du « jeu vidéo » une définition claire et précise :

« Le jeu vidéo est une œuvre complexe qui ne saurait être réduite à sa seule dimension logicielle, quelle que soit l’importance de celle-ci, de sorte que chacune de ses composantes est soumise au régime qui lui est applicable en fonction de sa nature. »

Elle a ainsi jugé, en l’état des textes applicables, qu’une qualification unitaire ne pouvait être donnée à ce type d’œuvre et que chacune des composantes de celle-ci était soumise au régime propre à sa nature : elle en a déduit que l’illustration sonore d’un jeu vidéo à l’aide des œuvres du répertoire de la SACEM était en conséquence soumise au droit de reproduction mécanique que génère un tel acte.

Cette application distributive des différents régimes en fonction de la nature de la composante de l’œuvre a nécessairement vocation à s’appliquer à toute œuvre multimédia.

Elle s’inscrit dans le courant jurisprudentiel initié par l’arrêt du 27 avril 2004 (1^{re} Civ., 27 avril 2004, *Bull.* 2004, I, n° 117, pourvoi n° 99-18.464) qui ne consacrait pas, contrairement à ce qu’ont pu dire certains commentateurs, la qualification unitaire des jeux vidéo en logiciels.

G – Propriété industrielle

Communauté européenne – Propriété intellectuelle – Directive 2004/48 – Article 13 – Dommages-intérêts – Appréciation souveraine – Méconnaissance des objectifs de la Directive (non)
Com., 10 février 2009, Bull. 2009, IV, n° 18, pourvoi n° 07-21.912

Parmi d’autres nombreux aspects, la Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, traite notamment du souci de « réparer le préjudice subi », en faisant en sorte que « le montant des dommages-intérêts octroyés au titulaire du droit [*prenne*] en considération tous les aspects appropriés, tels que le manque à gagner subi par le titulaire du droit ou les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et, le cas échéant, tout préjudice moral causé au titulaire

du droit ». Le texte européen permet également de calculer le montant des réparations « à partir d'éléments tels que les redevances ou les droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit de propriété intellectuelle en question ».

En l'espèce, jugée par la chambre commerciale, cette Directive était en vigueur à la date des faits retenus par les juges du fond comme étant constitutifs de contrefaçon de marque, mais le délai de transposition n'en était pas encore expiré. Or, « dès la date à laquelle une Directive est entrée en vigueur, les juridictions des États membres doivent s'abstenir dans la mesure du possible d'interpréter le droit interne d'une manière qui risquerait de compromettre sérieusement, après l'expiration du délai de transposition, la réalisation de l'objectif poursuivi par cette Directive » (CJCE, 4 juillet 2006, Konstantinos X... et a. c. Ellinikos Organismos Galaktos, affaire n° C-212/04, points 123 et s.). Il s'agissait donc d'examiner si la liquidation du préjudice, effectuée par l'arrêt attaqué en fonction du nombre des objets contrefaisants, en l'occurrence des sacs, pouvait satisfaire aux principes posés par le texte européen.

Réaffirmant la souveraineté des juges du fond sur ce point, la chambre commerciale décide qu'une telle fixation ne méconnaît pas les objectifs de la Directive en cause. C'est dire que les principes posés par ce texte, à présent transposés par la loi du 29 octobre 2007, doivent être présents à l'esprit, mais que, dans le cadre du débat judiciaire, le préjudice demeure souverainement apprécié par le juge, au regard des nécessités de la lutte contre la contrefaçon et au vu des éléments débattus par les parties, sauf sa faculté de recourir à une mesure d'instruction.

L'arrêt tranche également une difficulté relative à la concurrence déloyale. Rappelant que les produits litigieux, importés, avaient été saisis en douane puis détruits, la société condamnée à raison de faits distincts de ceux fondant l'action en contrefaçon de marque faisait valoir que l'absence de commercialisation était exclusive de concurrence déloyale. La chambre commerciale écarte cette critique en retenant que la faute reprochée à l'importateur résultait, en l'espèce, de la seule commande des produits. En effet, les principes de la concurrence déloyale visent à sanctionner les fautes commises par des intervenants sur le marché au préjudice d'autres intervenants, précisément identifiés. Dans la mesure où cette faute existe, ce dont s'infère d'ailleurs nécessairement un préjudice (jurisprudence constante depuis, au moins, un arrêt de la chambre commerciale du 9 février 1993 – *Bull.* 1993, IV, n° 53, pourvoi n° 91-12.258), l'effet sur le marché, considéré en son ensemble, n'est pas un critère pertinent.

Il ne s'agit pas là d'un alignement des conditions de la concurrence déloyale sur celles, tout objectives, de la contrefaçon, mais de la délimitation des actes susceptibles de justifier une responsabilité pour faute.

H – Droit de la concurrence

Concurrence – Pratique anticoncurrentielle – Abus de position dominante – Conditions – Position dominante – Marché de référence – Exclusion – Cas – Marché distinct du marché dominé

Com., 17 mars 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 39, pourvoi n° 08-14.503

Ni l'article 82 du Traité CE, ni l'article L. 420-2 du code de commerce, qui prohibent l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante

sur un marché, ne comportent d'indication explicite en ce qui concerne les exigences afférentes à la localisation de l'abus sur les marchés.

Le juge communautaire n'a donc pas exclu la possibilité d'appliquer l'article 82 du Traité à un acte commis par une entreprise en position dominante sur un marché distinct du marché dominé lorsque des « circonstances particulières » démontrent l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement abusif.

Tel était le cas dans l'affaire « Akzo » (CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo Chemie c. Commission*, affaire n° C-62/86). La Cour admet que cette société a abusé de sa position dominante sur le marché des peroxydes organiques en mettant en œuvre un comportement abusif sur le marché distinct des additifs pour la farine. Le lien entre ces deux marchés résultait dans cette affaire de plusieurs circonstances particulières tirées de la nature des produits (l'un des principaux peroxydes organiques est utilisé à la fois pour l'industrie plastique et comme additif pour la farine), de l'activité des parties, toutes deux présentes dans les deux secteurs (dont celui des plastiques, plus important pour la société Akzo et dans lequel la société ECS, intervenant essentiellement dans le secteur de la farine, voulait étendre ses activités) et des déclarations d'un cadre de la société Akzo précisant que les réductions de prix pratiquées par cette société dans le secteur de la farine n'étaient pas destinées à renforcer la position de cette société dans ce secteur, mais à conserver sa position dominante dans le secteur des plastiques en empêchant la société ECS d'y étendre ses activités.

Tel était également le cas dans l'affaire « Tetra Pak » (CJCE, 14 novembre 1996, *Tetra Pak International c. Commission*, affaire n° C-333/94) dans laquelle cette société contestait l'application de l'article 82 du Traité, car la pratique abusive qui lui était reprochée, qui n'avait pas été mise en œuvre sur le marché dominé, n'avait pas pour objet de renforcer sa position sur le marché dominé. La Cour admet cependant que les circonstances particulières de l'espèce, prises dans leur ensemble, justifiaient l'application de ce texte à un comportement constaté sur un marché non dominé, mais connexe au marché dominé et produisant des effets sur le marché non dominé, car la société Tetra Pak, qui détenait une position quasi monopolistique sur certains marchés et une position prééminente sur des marchés distincts, mais étroitement connexes, était placée dans une situation assimilable à la détention d'une position dominante sur l'ensemble de ces marchés.

Dans l'affaire soumise à la chambre, le Conseil de la concurrence, se référant expressément à l'arrêt Akzo, avait sanctionné la société Glaxo en raison de prix prédateurs pratiqués en 1999 et 2000 par ce laboratoire sur un marché qu'il ne dominait pas afin de se bâtir une réputation d'agressivité destinée à dissuader ses concurrents potentiels d'entrer sur un marché qu'il dominait en raison d'un certificat complémentaire de protection devant expirer en 2002.

Cette décision n° 07-D-09 du Conseil du 14 mars 2007 avait été réformée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 avril 2008 disant non établie une infraction aux dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du Traité CE, arrêt attaqué par un pourvoi principal du ministre chargé de l'économie.

Ce pourvoi conduit la chambre commerciale, par l'arrêt ci-dessus rapporté du 17 mars 2009, à admettre en son principe la possibilité d'appliquer les dispositions interne et

communautaire prohibant les abus de domination à un acte commis par une entreprise en position dominante sur un marché distinct du marché dominé.

Toutefois, dans l'affaire soumise, la chambre approuve les motifs de l'arrêt attaqué faisant ressortir que, dans les circonstances particulières de l'espèce, aucun lien n'était établi entre la position dominante détenue par la société Glaxo sur un marché et son comportement prétendument abusif sur un marché distinct, non dominé. Les juges d'appel avaient, en effet, notamment relevé que les deux marchés concernés portaient sur des médicaments n'ayant ni la même composition, ni le même usage, que les principaux concurrents potentiels de l'entreprise dominante sur un marché n'étaient pas présents sur le marché non dominé, qu'une stratégie de prédation par construction d'une réputation d'agressivité qui aurait été mise en œuvre par cette entreprise sur le marché non dominé n'aurait pas pu être perçue par ses concurrents potentiels sur le marché dominé.

Concurrence – Transparence et pratiques restrictives – Dispositions relatives aux conditions de règlement – Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 – Application dans le temps – Détermination – Portée

Com., 3 mars 2009, Bull. 2009, IV, n° 31, pourvoi n° 07-16.527

Par son arrêt du 3 mars 2009, la chambre commerciale a tranché deux difficultés que pose la réglementation applicable aux pénalités de retard pour non-paiement des factures.

La première difficulté tenait à l'application dans le temps de la loi nouvelle. Il est jugé à cet égard que, répondant à des motifs impérieux d'ordre public, les dispositions de la loi du 15 mai 2001 modifiant l'article L. 441-6 du code de commerce sont applicables dès la date d'entrée en vigueur de ce texte aux contrats en cours.

La seconde était relative aux conditions régissant leur exigibilité. Il est jugé que les pénalités de retard prévues par ce texte pour non-paiement des factures sont dues de plein droit, sans qu'un rappel soit nécessaire et même si elles n'ont pas été indiquées dans les conditions générales de ces contrats.

I – Subrogation

Subrogation – Subrogation conventionnelle – Subrogation consentie par le créancier – Assurance dommages – Preuve du paiement de l'indemnité en exécution de la police – Nécessité (non)

Com., 16 juin 2009, Bull. 2009, IV, n° 85, pourvoi n° 07-16.840

L'assureur qui, après avoir indemnisé son assuré, invoque les droits qu'il tient de celui-ci dispose de deux voies pour établir en être titulaire : la première, qui n'est pas la plus fréquente, consiste à prouver qu'ils lui ont été cédés par son client, conformément aux articles 1689 et suivants du code civil. La seconde, le plus souvent invoquée, résulte de la subrogation de l'assureur dans les droits de son assuré. Ce mécanisme classique se dédouble lui-même entre subrogation légale, résultant en matière maritime de l'article L. 172-29 du code des assurances et en matière routière de l'article L. 121-12 du même code, et subrogation

conventionnelle, prévue par l'article 1250 1^o du code civil, entre lesquelles l'assureur peut choisir. Mais l'une et l'autre, pour produire leurs effets, doivent respecter des règles strictes et différentes, sources de contestations fréquentes de la recevabilité de l'action de l'assureur.

Dans les deux cas, l'assureur doit faire la preuve du paiement qu'il a fait au profit de son assuré.

L'assureur ne peut invoquer la subrogation légale que s'il était contractuellement tenu de procéder à ce paiement. Une indemnisation accordée à titre de geste commercial, ou même dans la croyance erronée qu'elle était due, ne permet pas de bénéficier de la subrogation légale. Pour vérifier que cette condition est bien remplie, il y a lieu de se reporter au contrat d'assurance. Et si le contrat d'assurance fait dépendre l'étendue de la garantie de stipulations contenues dans le contrat de vente, celles-ci seront examinées sans porter atteinte à la règle d'indépendance des contrats de transport et de vente.

Cette condition d'un paiement obligé par l'effet du contrat d'assurance n'existe pas lorsque l'assureur se fonde sur une subrogation conventionnelle. C'est ce que rappelle l'arrêt présenté ici, l'assureur invoquant cumulativement, comme c'est souvent le cas, la subrogation légale et la subrogation conventionnelle.

En revanche, il lui faut alors produire un acte subrogatif exprès et délivré soit au moment du paiement, soit avant celui-ci. Cette exigence tient à ce que, « après le paiement, la subrogation est impossible en raison de l'effet extinctif de celui-ci » (1^{re} Civ., 28 mai 2008, pourvoi n^o 07-13.437).

Assurance (règles générales) – Recours contre le tiers responsable – Subrogation légale – Effets – Action de l'assuré (non)

Com., 1^{er} décembre 2009, pourvoi n^o 08-20.656, en cours de publication

Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985) – Redressement judiciaire – Période d'observation – Créanciers – Déclaration des créances – Qualité – Caution subrogée par l'effet du paiement – Limites

Com., 1^{er} décembre 2009, pourvois n^o 08-12.806 et 08-12.811, en cours de publication

Transports maritimes – Marchandises – Transport international – Convention de Bruxelles du 25 août 1924 – Responsabilité du transporteur – Action en responsabilité – Qualité pour agir – Détermination

Com., 1^{er} décembre 2009, pourvois n^o 08-14.203 et 08-14.585, en cours de publication

Se prononçant pour la première fois depuis son arrêt du 23 janvier 2001 (*Bull.* 2001, IV, n^o 21, pourvoi n^o 97-21.311), la chambre commerciale a décidé, par cinq arrêts rendus le 1^{er} décembre 2009, qu'un créancier, qui, après avoir été indemnisé, n'a plus qualité pour agir contre le débiteur, ne peut, sauf convention expresse ou tacite l'y habilitant, agir en justice dans l'intérêt d'un tiers, subrogé dans ses droits.

La chambre commerciale a appliqué le principe ainsi dégagé, sans distinguer selon que la subrogation est légale ou conventionnelle et selon que le créancier a été en tout ou en partie désintéressé :

- à une action en justice introduite par un créancier, désintéressé par son assureur (pourvoi n° 08-20.656, arrêt commenté) : « L'assuré qui, après avoir été indemnisé, n'a plus qualité pour agir contre le débiteur, ne peut, sauf convention expresse ou tacite l'y habilitant, agir en justice dans l'intérêt de l'assureur, subrogé dans ses droits » ;
- en matière de procédure collective, à des déclarations de créances faites par des créanciers, désintéressés par une caution : « La caution qui, avant l'ouverture de la procédure collective du débiteur, a payé en tout ou partie la dette et se trouve, par l'effet subrogatoire du paiement, investie des droits et actions du subrogeant, à due concurrence du paiement effectué, a seule qualité pour déclarer sa créance, sauf convention habilitant le créancier subrogeant à agir en ses lieu et place » (trois arrêts, Com., 1^{er} décembre 2009, pourvois n° 08-12.806 et 08-12.811, arrêt commenté ; Com., 1^{er} décembre 2009, pourvois n° 08-12.807 et 08-12.809 et Com., 1^{er} décembre 2009, pourvois n° 08-12.808 et 08-12.810) ;
- pour écarter l'effet interruptif de l'action en justice introduite par un créancier, désintéressé par son assureur : « L'assuré qui, après avoir été indemnisé, n'a plus qualité pour agir contre le débiteur ne peut, sauf convention expresse ou tacite l'y habilitant, agir en justice et ainsi interrompre la prescription dans l'intérêt de l'assureur, subrogé dans ses droits » (pourvois n° 08-14.203 et 08-14.585, arrêt commenté).

Ce faisant, la chambre commerciale rejoint la solution retenue par les première (4 février 2003, 2 arrêts, *Bull.* 2003, I, n° 31, pourvoi n° 00-11.023 et n° 32, pourvoi n° 00-15.716) et deuxième chambres civiles (23 septembre 2004, pourvoi n° 03-16.087). Jusqu'alors elle décidait que, aucune disposition légale n'obligeant le subrogé à faire valoir les droits dont il est conventionnellement investi et qu'il peut laisser exercer par le subrogeant, la cour d'appel retenait à bon droit que l'indemnisation versée par l'assureur en exécution du contrat d'assurance ne saurait être invoquée par le débiteur en redressement pour se libérer de ses obligations envers le créancier subrogeant et faire obstacle à la déclaration et à l'admission de la créance privilégiée dont celui-ci demeure titulaire dans ses rapports avec le débiteur en redressement judiciaire (Com., 23 janvier 2001, précité).

Les arrêts du 1^{er} décembre 2009 présentent ainsi le double intérêt d'assurer la cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation et, pour le contentieux de la chambre commerciale, d'adopter une règle de portée générale.

V – RESPONSABILITÉ CIVILE, ASSURANCES ET SÉCURITÉ SOCIALE

A – Droit de la responsabilité

1 – Responsabilité délictuelle

Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle – Chose dont on a la garde – Fait de la chose – Article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil – Domaine d’application – Dommage causé par la chute de pierre provenant d’une voûte

2^e Civ., 22 octobre 2009, Bull. 2009, II, n° 255, pourvoi n° 08-16.766

L’article 1386 du code civil instaure une responsabilité du propriétaire de l’immeuble même en l’absence de faute, dès lors que le dommage a été causé par la ruine du bâtiment, qui suppose, au terme d’une jurisprudence constante, la chute d’éléments de construction (2^e Civ., 4 mai 2000, pourvoi n° 98-19.951). Selon ce texte, il appartient alors à la victime du dommage de démontrer l’existence d’un défaut d’entretien ou d’un vice de construction.

À l’appui de son pourvoi dirigé contre l’arrêt de la cour d’appel ayant accueilli la demande d’indemnisation du propriétaire du véhicule endommagé par la chute de pierres provenant de la voûte d’un bâtiment, l’assureur s’emparait des conclusions du rapport d’expertise qui estimait que la ruine du bâtiment ne relevait ni d’un défaut d’entretien, ni d’un vice de construction.

Par le présent arrêt, la deuxième chambre civile écarte l’application de l’article 1386 du code civil en substituant aux motifs entrepris le motif de pur droit au terme duquel, si ce texte vise spécialement la ruine d’un bâtiment, les dommages qui n’ont pas été causés dans de telles circonstances peuvent néanmoins être réparés sur le fondement des dispositions de l’article 1384, alinéa premier, du même code qui édictent une présomption de responsabilité du fait des choses.

Cette décision est conforme à la solution dégagée dans un précédent arrêt qui avait considéré que le basculement d’un immeuble ne caractérisait pas la ruine du bâtiment en l’absence de perte de substance ou de chute d’un de ses éléments (2^e Civ., 16 octobre 2008, *Bull.* 2008, II, n° 211, pourvoi n° 07-16.967), mais qui avait retenu, en relevant d’office le moyen tiré de l’application de l’article 1384, alinéa premier, du code civil, que la victime des dommages résultant de cette situation devait néanmoins être indemnisée.

La deuxième chambre civile avait antérieurement jugé qu’en cas de dissociation entre la garde du bâtiment et sa propriété la victime pouvait agir contre le gardien sur le fondement de l’article 1384, alinéa premier, du code civil (2^e Civ., 23 mars 2000, *Bull.* 2000, II, n° 54, pourvoi n° 97-19.991, *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2000, p. 400), limitant ainsi le champ d’application de l’article 1386 du code civil au propriétaire.

La deuxième chambre civile permet aujourd’hui, alors que les qualités de gardien et de propriétaire appartenaient cependant à la même personne, l’indemnisation de la victime qui

subit les conséquences d'une ruine dont l'origine était inconnue, privilégiant l'application de l'article 1384, alinéa premier, du code civil, de portée plus générale, dont les conditions d'application sont plus favorables.

La Cour de cassation suggérait dans son *Rapport annuel* 2000 (p. 13) l'abrogation de l'article 1386 du code civil jugé inapproprié aux besoins de la société concernant l'indemnisation des victimes, de sorte que la suppression de cette dérogation au jeu normal de la responsabilité du fait des choses permettrait aux victimes, quelle que soit la qualité de la partie responsable, de bénéficier d'un même régime d'indemnisation.

Dans le même sens, le *Rapport* de l'année 2005 (p. 13) relevait que l'article 1386 du code civil impliquait, pour le demandeur victime d'un dommage du fait d'un bâtiment, d'apporter la preuve « toujours délicate », d'une part, que ce dommage procédait de la ruine d'un bâtiment et, d'autre part, que cette ruine trouvait son origine dans le défaut d'entretien ou dans le vice de construction du bâtiment, situation que vient illustrer le présent arrêt qui met, une fois encore, en exergue la complexité qui résulte de l'application de cette disposition dérogatoire au droit commun.

2 – Produits défectueux

Responsabilité du fait des produits défectueux – Produit – Défectuosité – Définition – Produit n'offrant pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre – Caractérisation – Applications diverses

1^{re} Civ., 9 juillet 2009, Bull. 2009, I, n° 176, pourvoi n° 08-11.073

Par trois arrêts du 22 mai 2008 (1^{re} Civ., 22 mai 2008, *Bull.* 2008, I, n° 147, pourvoi n° 06-14.952; n° 148, pourvoi n° 05-20.317 et n° 149, pourvoi n° 06-10.967) considérés comme opérant un revirement de jurisprudence, mais qui s'inscrivent dans le prolongement de l'évolution entreprise le 24 janvier 2006 (1^{re} Civ., 24 janvier 2006, *Bull.* 2006, I, n° 35, p. 34, pourvoi n° 02-16.648), la première chambre a rappelé « que, si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage, une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes ».

L'arrêt ici présenté constitue une première illustration positive de mise en œuvre de ces principes, en même temps qu'il détermine les conditions et critères permettant de retenir un lien causal entre la vaccination et le dommage. Toutefois ce second aspect du problème ne doit pas faire oublier la difficulté que pose la qualification de produit défectueux.

La première question posée par cette affaire portait sur l'appréciation du défaut du produit. La cour d'appel est approuvée pour avoir déduit le défaut de sécurité du produit du fait que le dictionnaire médical *Vidal* comme la notice actuelle de présentation du vaccin font figurer la poussée de sclérose en plaques parmi les effets secondaires indésirables possibles du produit, alors que rien n'établissait que la notice de présentation du produit litigieux eût contenu cette information.

En effet, l'arrêt indiquait clairement que le risque n'étant signalé que dans les notices postérieures à l'époque de la mise en circulation des lots incriminés, cette information n'avait pas été donnée à l'époque de cette mise en circulation, ou, si elle avait été donnée, le laboratoire n'en rapportait pas la preuve.

La seconde question portait sur le lien de causalité entre la vaccination et le dommage. La cour d'appel est approuvée pour s'être fondée sur un faisceau d'indices : elle a d'abord retenu le fait que, si les études scientifiques ne mettaient pas en évidence une augmentation statistiquement significative du risque relatif de sclérose en plaques ou de démyélinisation après vaccination contre l'hépatite B, elles n'excluaient pas pour autant un tel lien. Elle a ensuite relevé la coïncidence entre les premières manifestations de la sclérose en plaques et la dernière injection du produit, très proches dans le temps (deux mois). Elle a enfin considéré l'absence chez la patiente, comme dans sa famille, de tout antécédent neurologique. C'est donc au vu de ces divers critères d'appréciation que le juge du fond a souverainement estimé que ces faits constituaient des présomptions graves, précises et concordantes, et qu'il a pu en être déduit l'existence d'un lien causal entre la vaccination et le préjudice subi.

Cet arrêt, rompant plus nettement encore que les précédents du 22 mai 2008 avec la jurisprudence antérieure (1^{re} Civ., 23 septembre 2003, *Bull.* 2003, I, n° 188, pourvoi n° 01-13.063), souligne toute l'importance que revêt pour la solution du litige l'appréciation par le juge du fond des éléments de fait sur laquelle la Cour de cassation n'a guère de moyen de contrôle. Toutefois, la Cour de cassation souligne, en approuvant la méthode suivie par la cour d'appel de Lyon, l'existence de critères précis qui devront être observés pour pouvoir déduire l'existence du lien causal entre la vaccination et le dommage. Cet arrêt ne constitue sans nul doute qu'un arrêt d'étape au regard des critères à retenir pour déterminer dans quels cas un produit ne présente pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. Il apporte toutefois un éclairage sur un point précis, qui est celui de la prise en compte des bénéfices que retirent en général les patients de cette vaccination en refusant d'apprécier le défaut du produit en fonction d'une approche plus globale de santé publique : le rapport bénéfice/risque. Cette solution s'avère cohérente avec les précédents de 2008 qui reprochaient à la cour d'appel de s'être déterminée « en référence à une approche probabiliste déduite exclusivement de l'absence de lien scientifique et statistique entre vaccination et développement de la maladie, sans rechercher si les éléments de preuve qui lui étaient soumis constituaient, ou non, des présomptions graves, précises et concordantes du caractère défectueux du vaccin litigieux, comme du lien de causalité entre un éventuel défaut et le dommage subi » (1^{re} Civ., 22 mai 2008, *Bull.* 2008, I, n° 148, pourvoi n° 05-20.317).

Cette position souligne une convergence d'appréciation entre la Cour de cassation et le Conseil d'État, qui avait le premier admis par un arrêt du 9 mars 2007 (CE, 9 mars 2007, n° 267635) que, hormis le cas où un lien de causalité direct était expressément exclu par le rapport d'expertise, il appartenait aux juridictions de rechercher par des éléments de fait, qui s'analysent comme des présomptions graves, précises et concordantes, si la maladie est ou non directement imputable à la vaccination (« Dès lors que les rapports d'expertise, s'ils ne l'ont pas affirmé, n'ont pas exclu l'existence d'un lien de causalité, l'imputabilité au service de la sclérose en plaques dont souffre la victime doit, dans les circonstances de l'espèce, être regardée comme établie, eu égard, d'une part, au bref délai ayant séparé l'injection

et l'apparition du premier symptôme de la sclérose en plaques et, d'autre part, à la bonne santé de l'intéressée et à l'absence, chez elle, de tous antécédents à cette pathologie, antérieurement à sa vaccination»). Cette solution a d'ailleurs trouvé un prolongement par deux importants arrêts rendus le 11 juillet 2008 (CE, 11 juillet 2008, n° 305685 et n° 289764).

Dans la présente affaire, le juge du fond avait souverainement retenu un lien causal entre la vaccination et l'apparition de la maladie. La Cour de cassation qui n'est que juge du droit ne pouvait remettre en discussion cette appréciation des éléments de fait.

Dès lors, seule demeurait la question de savoir si on pouvait retenir le défaut du produit. Là encore la Cour de cassation, liée par les constatations du juge du fond, a approuvé la cour d'appel qui, faisant application des dispositions de l'article L. 1386-4 du code civil, avait relevé que le risque, signalé par la documentation médicale postérieure aux faits, s'était réalisé dans le cas de la plaignante, de telle sorte que la responsabilité du fabricant du vaccin pouvait être retenue.

3 – Accidents de la circulation

Fonds de garantie – Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages – Indemnisation – Transaction avec la victime – Opposabilité à l'auteur des dommages – Conditions – Auteur du dommage pleinement informé de la faculté de contester une transaction devant un juge

Ass. plén., 29 mai 2009, Bull. 2009, Ass. plén., n° 5, pourvoi n° 08-11.422

L'arrêt de l'assemblée plénière du 29 mai 2009 affirme que les exigences du procès équitable imposent la délivrance à celui à qui l'on oppose une transaction à laquelle il n'a pas été partie d'une information complète sur la faculté de contester cette transaction devant un juge.

À la suite d'un accident au cours duquel une automobile pilotée par un conducteur non assuré avait heurté un autre véhicule, le fonds de garantie automobile, devenu le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages, a réglé à l'assureur de la victime diverses sommes en réparation de son préjudice matériel.

Alléguant avoir, par lettres recommandées avec accusé de réception, réclamé à l'auteur de l'accident, conformément aux articles L. 421-3 et R. 421-16 du code des assurances, le remboursement des sommes versées en exécution d'une transaction conclue avec la victime, le fonds de garantie l'a assigné en paiement.

D'abord saisie, la cour d'appel de Grenoble a confirmé le jugement ayant rejeté cette demande en retenant que la transaction n'avait pas été régulièrement dénoncée au conducteur, qui n'avait pas été informé de la faculté de la contester.

Le 14 juin 2006, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a cassé cet arrêt au motif que, le fonds de garantie ayant fait savoir à ce conducteur que les sommes en cause étaient réclamées « conformément aux articles L. 421-3 et R. 421-16 du code des assurances », celui-ci avait reçu l'information suffisante pour connaître l'existence d'une transaction et exercer son droit de contestation.

Résistant à cette solution, la cour d'appel de Lyon, désignée comme cour de renvoi, a confirmé le jugement en énonçant que constitue un droit fondamental celui d'être pleinement informé de la faculté de contester une transaction, lorsque celle-ci est opposée à une personne qui n'y était pas partie, ainsi que de la possibilité de porter cette contestation devant un juge, et en relevant que les lettres recommandées avisant l'auteur de l'accident du versement de sommes par le fonds de garantie, qui se bornaient à indiquer que le remboursement des sommes versées par le fonds était demandé conformément aux articles L. 421-3 et R. 421-16 du code des assurances, n'informaient nullement leur destinataire du droit dont il disposait de contester devant le juge le montant des sommes qui lui étaient réclamées, du délai pendant lequel ce droit à contestation était ouvert et de son point de départ.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation approuve cette solution, affirmant que constitue un droit fondamental, en vue d'un procès équitable, le droit d'être pleinement informé de la faculté de contester devant un juge une transaction opposée à celui qui n'y était pas partie.

Cette décision s'inscrit dans la doctrine de la Cour de cassation qui, comme la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, a reconnu à plusieurs reprises le caractère fondamental du droit d'accès au juge, élément inhérent au procès équitable (Ass. plén., 30 juin 1995, *Bull.* 1995, Ass. plén., n° 4, pourvoi n° 94-20.302 et 7 avril 2006, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 3, pourvoi n° 05-11.519; Crim., 9 mai 1994, *Bull. crim.*, n° 175, pourvoi n° 92-83.092).

Accident de la circulation – Indemnisation – Charge – Conducteur du véhicule – Exclusion – Cas – Préposé conduisant un véhicule de son commettant et agissant dans les limites de la mission qui lui a été impartie
2^e Civ., 28 mai 2009, Bull. 2009, II, n° 128, pourvoi n° 08-13.310

Par cet arrêt, la deuxième chambre civile étend au domaine des accidents de la circulation la solution dégagée dans l'arrêt d'assemblée plénière du 25 février 2000 (*Bull.* 2000, Ass. plén., n° 2, pourvois n° 97-17.378 et 97-20.152) affirmant que « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par son commettant ».

Dans cette affaire, la victime d'un accident de la circulation avait assigné en indemnisation de son préjudice, sur le fondement des dispositions de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, le préposé d'une société qui conduisait, dans l'exercice de ses fonctions, le véhicule impliqué dans l'accident, appartenant à son employeur.

L'article 2 de la loi du 5 juillet 1985, dont les dispositions sont autonomes, déclare tenu à réparation le conducteur ou le gardien d'un véhicule impliqué dans un accident de la circulation sans distinguer la situation du préposé qui conduit le véhicule de son employeur. Son application au préposé conducteur n'était pas sans susciter des difficultés lorsque le véhicule n'est pas assuré par l'employeur et que ce dernier est insolvable. La charge de l'indemnisation de la victime pesait entièrement sur le préposé, alors même qu'il avait pu ne commettre aucune faute et qu'il n'était pas en situation d'assurer le véhicule.

Marquant une évolution importante, le présent arrêt accueille le pourvoi du préposé pris de la violation de l'article 1384, alinéa 5, du code civil et décide, par un attendu de principe, que n'est pas tenu d'indemniser la victime d'un accident de la circulation le préposé conducteur qui agit dans les limites de la mission qui lui est impartie. Cette exception à l'exclusivité de la loi du 5 juillet 1985 oblige la victime à demander réparation au commettant ou à son assureur voire, en l'absence d'assurance ou en cas d'insolvabilité de l'employeur, au Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages.

B – Sécurité sociale

Convention européenne des droits de l'homme – Article 14 – Interdiction de discrimination – Compatibilité – Code de la sécurité sociale – Article L. 351-4 – Portée

2^e Civ., 19 février 2009, Bull. 2009, II, n° 53, pourvoi n° 07-20.668

Les dispositions de l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale ouvrent à la femme assurée sociale le bénéfice d'une majoration, égale à huit trimestres par enfant élevé dans les conditions fixées par voie réglementaire, de la durée d'assurance pour l'ouverture des droits à pension de vieillesse. Ces dispositions introduisaient-elles au détriment des assurés de sexe masculin une discrimination incompatible avec les stipulations combinées de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article premier du premier Protocole additionnel à la Convention ? Telle était la question soumise à la deuxième chambre civile.

La question a fait l'objet, au cours des années écoulées, de plusieurs décisions de jurisprudence :

1) Statuant dans le cadre des dispositions de l'article 141 du Traité CE (ancien article 119 du Traité de Rome), qui consacre le principe de l'égalité de traitement, notamment en matière de rémunération et d'avantages accessoires, entre les travailleurs des deux sexes, la Cour de justice des Communautés européennes a conclu à l'application pure et simple du principe aux régimes de protection sociale qui, nonobstant leur appartenance éventuelle au système national de sécurité sociale, reposent sur une assise étroitement professionnelle : il en va ainsi des régimes *contracted out*, qui se substituent en Grande-Bretagne, dans le cadre de l'entreprise, du groupe ou de la branche, au régime légal de retraite (CJCE, 17 mai 1990, Douglas Harvey Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group, affaire n° C-262/88, *Rec.*, I, n° 1889), et des régimes spéciaux de sécurité sociale propres au système français (CJCE, 29 novembre 2001, Joseph Griesmar c. ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et ministre de la fonction publique, de la réforme de l'État et de la décentralisation, affaire n° C-366/99, *Rec.*, I, n° 9383). Cette dernière jurisprudence a d'ailleurs été reprise tant par la Cour de cassation (2^e Civ., 8 juillet 2004, *Bull.* 2004, II, n° 397, pourvoi n° 03-30.210 ou 2^e Civ., 11 septembre 2008, pourvoi n° 07-17.399) que par le Conseil d'État (CE, 29 juillet 2002, n° 141112, publié au *Recueil Lebon*, p. 284).

2) Saisi avant leur promulgation de la conformité à la Constitution des dispositions de l'article 32 de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 qui tendent à modifier les dispositions

de l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale pour en effacer, à terme, la différence de traitement entre les hommes et les femmes quant à la majoration de carrière pour avoir eu ou élevé des enfants, le Conseil constitutionnel a admis, après avoir affirmé que « l'attribution d'avantages sociaux liés à l'éducation des enfants ne saurait dépendre, en principe, du sexe des parents » (considérant n° 24), que le législateur pouvait néanmoins « prendre en compte les inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet » en matière de carrière professionnelle et de rémunération, pour « maintenir, en les aménageant, des dispositions destinées à compenser des inégalités normalement appelées à disparaître » (considérant n° 25) (Cons. const., 14 août 2003, décision n° 2003-483 DC, *Rec.*, p. 430).

Si elle a dénié aux avantages accordés en application des dispositions de l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale le caractère de rémunération au sens des dispositions de l'article 141 du Traité CE et écarté, ainsi, en la matière l'application du principe d'égalité de traitement entre les travailleurs des deux sexes énoncé audit article (2^e Civ., 15 juin 2004, *Bull.* 2004, II, n° 300, pourvoi n° 02-30.978), la deuxième chambre civile s'est interrogée, en revanche, sur la compatibilité des dispositions de l'article L. 351-4 avec les stipulations des articles 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et premier du premier Protocole additionnel. Dans un arrêt rendu en 2006, elle a ainsi jugé que l'avantage résultant de ces dispositions étant accordé aux femmes qui ont élevé un ou plusieurs enfants, sans distinction entre celles qui ont poursuivi sans interruption leur carrière et celles qui l'ont interrompue à cette occasion, aucune discrimination justifiée par un motif objectif et raisonnable ne saurait être retenue entre une femme qui n'a pas interrompu sa carrière et un homme qui a rapporté la preuve qu'il a élevé seul un enfant, de sorte qu'il y a lieu, dans cette hypothèse, d'étendre à l'intéressé le bénéfice de la majoration de carrière (2^e Civ., 21 décembre 2006, *Bull.* 2006, II, n° 364, pourvoi n° 04-30.586).

L'arrêt rendu le 19 février 2009 franchit une étape supplémentaire, qui juge qu'en l'absence d'une justification objective et raisonnable les dispositions de l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale sont incompatibles avec les stipulations de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article premier du premier Protocole additionnel à la Convention en tant qu'elles réservent aux seules assurées le bénéfice de la majoration de carrière pour avoir élevé un ou plusieurs enfants.

On précisera que les dispositions de l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale ont été modifiées par les dispositions de l'article 65 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2010 (loi n° 2009-1646 du 24 décembre 2009).

Sécurité sociale, accident du travail – Rente – Rente prévue à l'article L. 434-2 du code de la sécurité sociale – Objet – Indemnisation de la victime – Étendue – Détermination – Portée

2^e Civ., 11 juin 2009, *Bull.* 2009, II, n° 155, pourvoi n° 08-17.581

Sécurité sociale, accident du travail – Rente – Paiement – Imputation – Modalités – Détermination – Portée

2^e Civ., 11 juin 2009, *Bull.* 2009, II, n° 153, pourvoi n° 07-21.768

2^e Civ., 11 juin 2009, *Bull.* 2009, II, n° 154, pourvoi n° 08-16.089

Sécurité sociale, régimes spéciaux – Fonctionnaires – Accident du travail – Allocation temporaire d’invalidité – Paiement – Imputation – Modalités – Détermination – Portée

2^e Civ., 11 juin 2009, Bull. 2009, II, n° 160, pourvoi n° 07-21.816

2^e Civ., 11 juin 2009, Bull. 2009, II, n° 161, pourvoi n° 08-11.853

Par cette série de cinq arrêts rendus le 11 juin 2009, la deuxième chambre civile précise, à la suite de la réforme du 21 décembre 2006, les modalités d’imputation de certaines prestations versées par les tiers payeurs aux victimes de dommages corporels, sur l’indemnité réparant le poste du préjudice fonctionnel permanent.

Les recours des tiers payeurs contre les personnes tenues à réparation d’un dommage résultant d’une atteinte à la personne ont été profondément réformés par l’article 25 III et IV de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006, modifiant l’article L. 376-1 du code de la sécurité sociale, et l’article 31 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, qui a énoncé des règles nouvelles relatives à l’assiette du recours subrogatoire et au mode d’imputation des prestations sociales :

- les tiers payeurs ne peuvent plus exercer leur recours de manière globale, mais poste par poste ;
- la distinction des préjudices en fonction de leur caractère personnel ou non personnel n’est pas abandonnée, mais les tiers payeurs ont la possibilité de recourir sur un poste de préjudice personnel à la condition qu’ils aient versé effectivement et préalablement une prestation indemnisant de manière incontestable un tel poste ;

Dans plusieurs avis rendus le 29 octobre 2007 (*Bull. 2007, Avis, n° 12, demande n° 07-00.014; Bull. 2007, Avis, n° 10, demande n° 07-00.015; Bull. 2007, Avis, n° 11, demande n° 07-00.016 et Bull. 2007, Avis, n° 10, demande n° 07-00.017*) la Cour de cassation a précisé, d’une part, que la réforme s’appliquait aux recours exercés par les caisses 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 et, d’autre part, que la rente versée, en application de l’article L. 434-2 du même code, à la victime d’un accident du travail, indemnisait, notamment, les pertes de gains professionnels et les incidences professionnelles de l’incapacité, qu’elle devait en conséquence s’imputer prioritairement sur la part d’indemnité réparant les pertes de gains professionnels, puis sur la part d’indemnité réparant l’incidence professionnelle. Ces avis ajoutaient que si la caisse de sécurité sociale estimait que cette prestation indemnisait aussi un préjudice personnel et souhaitait exercer son recours sur un tel poste, il lui appartenait d’établir que, pour une part de cette prestation, elle avait effectivement et préalablement indemnisé la victime, de manière incontestable, pour un poste de préjudice personnel.

Ces solutions ont été consacrées par la jurisprudence ultérieure de la deuxième chambre civile et de la chambre criminelle. Toutefois, une difficulté d’application de la réforme s’est posée concernant la possibilité d’imputer la rente accident du travail et d’autres prestations équivalentes sur l’indemnité réparant le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent, tel que défini par le rapport du groupe de travail chargé d’élaborer une nomenclature des préjudices corporels, présidé par M. Jean-Pierre Dintilhac (rapport Dintilhac), définition entérinée par la jurisprudence (*2^e Civ., 23 octobre 2008, Bull. 2008, II, n° 229,*

pourvoi n° 07-18.819; 8 janvier 2009, pourvoi n° 07-19.576; 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-21.933).

Dans un premier temps, plusieurs arrêts de la deuxième chambre civile (2^e Civ., 23 octobre 2008, *Bull.* 2008, II, n° 229, pourvoi n° 07-18.819; 2^e Civ., 8 janvier 2009, pourvoi n° 07-19.576; 2^e Civ., 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-21.933) avaient considéré que, si la rente pouvait présenter une nature mixte et réparer aussi le poste de préjudice du déficit fonctionnel, il appartenait au tiers payeur de renverser la présomption selon laquelle elle ne réparait que la part patrimoniale du préjudice. Mais, faute de préciser les critères de ventilation de la rente entre les préjudices patrimoniaux et le déficit fonctionnel permanent, la preuve réclamée apparaissait impossible à fournir.

C'est pourquoi, faisant évoluer sa jurisprudence par ces arrêts rendus le 11 juin 2009, la deuxième chambre reconnaît le caractère mixte de la rente accident versée en cas d'accident du travail et de l'allocation temporaire d'invalidité et énonce que ces prestations indemnisent les pertes de gains professionnels, l'incidence professionnelle et le déficit fonctionnel permanent. Tirant toutes les conséquences de cette constatation, ces arrêts décident que ces prestations doivent nécessairement s'imputer sur les postes de préjudices concernés, dans des proportions qui peuvent varier selon les cas. La solution est fondée sur l'article 29 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 qui affirme le caractère indemnitaire de ces prestations et sur le principe de réparation intégrale du préjudice qui interdit la double indemnisation d'un même poste de préjudice.

La chambre criminelle a adopté la même position par plusieurs arrêts rendus le 19 mai 2009 (*Bull. crim.* 2009, n° 97, pourvoi n° 08-82.666; *Bull. crim.* 2009, n° 95, pourvoi n° 08-86.050; *Bull. crim.* 2009, n° 96, pourvoi n° 08-86.485; pourvoi n° 08-83.529; pourvoi n° 08-84.896 et pourvoi n° 08-84.261).

Complétant l'interprétation des dispositions de l'article 25 III et IV de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006, la deuxième chambre a précisé, par plusieurs arrêts rendus le 22 octobre 2009 (*Bull.* 2009, II, n° 259, pourvois n° 08-19.628 et 08-19.576; *Bull.* 2009, II, n° 260, pourvoi n° 08-18.755 et *Bull.* 2009, II, n° 258, pourvoi n° 07-20.419), que, lorsque la décision d'attribution de la prestation est définitive, le tiers payeur est tenu au versement de cette prestation tant pour les arrérages à échoir que pour les arrérages échus de sorte que la condition de versement effectif et préalable de la prestation prévue pour l'imputation sur un poste de préjudice personnel est remplie.

VI – PROCÉDURE CIVILE ET ORGANISATION DES PROFESSIONS

A – Procédure civile

Procédure civile – Fin de non-recevoir – Définition – Exclusion – Cas – Contradiction au détriment d'autrui (non)

Ass. plén., 27 février 2009, Bull. 2009, Ass. plén., n° 1, pourvoi n° 07-19.841

Par son arrêt du 27 février 2009, l'assemblée plénière de la Cour de cassation s'est prononcée, pour la première fois, sur l'application, en droit commun de la procédure, de la règle dite de *l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, proche du mécanisme connu dans les droits anglo-américains sous la dénomination *estoppel*. Le notion même d'*estoppel* n'était pas ignorée de la Cour de cassation, qui l'avait déjà mise en œuvre, à l'occasion de décisions fort remarquables rendues par la première chambre civile (principalement, 1^{re} Civ., 6 juillet 2005, *Bull.* 2005, I, n° 302, pourvoi n° 01-15.912). Toutefois, ces décisions étaient restées cantonnées au domaine très spécifique de l'arbitrage international.

L'arrêt rendu le 27 février 2009 se rapporte à un litige purement interne ayant donné lieu à deux procédures menées, parallèlement pendant un temps, d'une part, en référé et, d'autre part, au fond, dans des ressorts différents. Une société distributrice de matériels électroniques dont la commercialisation était soumise à homologation a engagé une instance en référé à l'encontre de leur fabricant, auprès duquel elle avait passé une commande demeurée partiellement inexécutée, pour obtenir que celui-ci soit condamné sous astreinte à lui livrer tous les matériels commandés. Alors que les prétentions ainsi formées en référé avaient été rejetées, elle avait maintenu devant les juges du fond une action dirigée contre un autre distributeur auquel elle avait passé des commandes des mêmes produits, elles aussi pour partie non satisfaites, ce cocontractant, comme le fabricant attiré à cette procédure au fond, ayant fait valoir que certains des matériels commandés étaient impropres à la vente. Après avoir d'abord réclamé une expertise technique portant sur ce point, elle avait en définitive demandé aux juges du fond de prononcer la résolution de la vente.

Dans l'arrêt frappé de pourvoi, la cour d'appel d'Orléans avait retenu que le distributeur n'avait « pas cessé de se contredire au détriment de ses adversaires en leur réclamant devant deux juridictions différentes une chose et son contraire », et elle avait, en conséquence, décidé « que ce comportement procédural, qui consiste pour un plaideur, tout en étant parfaitement informé de la situation, à soutenir en même temps deux positions incompatibles, sera sanctionné, en vertu du principe suivant lequel une partie ne peut se contredire au détriment d'autrui (théorie de l'*estoppel*), par l'irrecevabilité des demandes » de cette partie.

L'assemblée plénière a cassé cet arrêt en énonçant, au visa de l'article 122 du code de procédure civile, « que la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir ».

Elle a relevé « qu'en l'espèce, notamment, les actions engagées [*par le distributeur*] n'étaient ni de même nature, ni fondées sur les mêmes conventions et n'opposaient pas les mêmes parties ».

Sans exclure l'application de la règle dite de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, dans toutes les procédures, au-delà du champ de l'arbitrage, la Cour de cassation, par cet arrêt, marque diverses limites à sa mise en œuvre, et elle manifeste qu'elle se réserve d'en contrôler les conditions d'application.

Chose jugée – Étendue – Dispositif

Ass. plén., 13 mars 2009, Bull. 2009, Ass. plén., n° 3, pourvoi n° 08-16.033

« L'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. »

Ces dispositions contenues dans l'article 1351 du code civil consacrent le principe de l'autorité de la chose jugée. Ils ont donné lieu à d'importants débats doctrinaux et à une lente évolution de la jurisprudence.

Deux critères de mise en œuvre de ce principe sont concevables et sont soutenus en doctrine :

- le critère formel, conforme à la lettre comme à l'esprit de l'article 480 du code de procédure civile, confère l'autorité de la chose jugée exclusivement à ce qui a été tranché dans le dispositif;
- au contraire, le critère dit substantiel va au-delà de la forme pour s'attacher à ce que le juge a effectivement décidé fût-ce dans les motifs.

La position de la jurisprudence s'est forgée à travers trois grandes périodes. Avant le nouveau code de procédure civile de 1975 le critère substantiel était retenu. La mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée exigeait que la volonté du juge soit recherchée. C'est la période où les motifs décisifs et la chose implicitement mais nécessairement jugée étaient retenus. Les articles 455, 480, 482, 544 et 606 du nouveau code de procédure civile ont introduit une notion plus formaliste mais la jurisprudence a eu quelque mal à se soumettre à ce formalisme. Il s'ensuivit, jusqu'en 1991, une longue période d'incertitude, marquée par des jurisprudences divergentes des différentes chambres. À partir d'un arrêt du 5 avril 1991 (2^e Civ., *Bull.* 1991, II, n° 109, pourvoi n° 89-20.546), rendu par la deuxième chambre de la Cour de cassation, le critère formel s'impose et depuis une harmonisation des jurisprudences s'est réalisée.

La résignation des plaideurs et de l'ensemble des juridictions du fond n'est cependant pas acquise et l'assemblée plénière a été saisie de la critique d'un arrêt rendu par la cour d'appel d'Amiens, statuant comme cour de renvoi, sur une demande de dommages-intérêts formée reconventionnellement, après qu'un arrêt de la troisième chambre du 7 décembre 2004 (3^e Civ., 7 décembre 2004, pourvoi n° 03-17.446) eut cassé l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait fait application du critère substantiel et retenu que la demande se heurtait à l'autorité de la chose jugée par un jugement du 19 décembre 1995. La troisième chambre a cassé cette décision en retenant que les demandes reconventionnelles n'avaient pas été

tranchées dans le dispositif. La cour d'Amiens a déclaré les demandes irrecevables à raison de l'autorité de la chose jugée attachée au jugement du 19 décembre 1995.

L'assemblée plénière casse cet arrêt qui avait recherché dans la motivation du tribunal la volonté du juge et réaffirme avec force la règle claire fondée sur le critère formaliste :

« Qu'en statuant ainsi, alors que le jugement du 19 décembre 1995 n'avait pas tranché dans son dispositif les demandes reconventionnelles formées par M. Beatrix, la cour d'appel a violé les textes susvisés » (articles 1351 du code civil et 480 du code de procédure civile).

Cette décision de l'assemblée plénière ne manquera pas de renforcer la position désormais uniforme de toutes les chambres de la Cour de cassation.

Procédure civile – Procédure orale – Demande – Demande incidente – Formulation par un écrit déposé au greffe – Moment – Portée

Ch. mixte, 13 mars 2009, Bull. 2009, Ch. mixte, n° 1, pourvoi n° 07-17.670

Selon l'article 401 du code de procédure civile « le désistement de l'appel n'a besoin d'être accepté que s'il contient des réserves ou si la partie à l'égard de laquelle il est fait a préalablement formé un appel incident ou une demande ».

Cette règle de l'antériorité s'explique par la notion de liaison d'instance.

La liaison d'instance désigne le moment où les prétentions des parties sont confrontées pour la première fois devant le juge. Tant que l'intimé n'a pas formé de demande incidente, l'instance initiée par l'appel principal présente encore un caractère unilatéral. L'appelant qui aurait pu ne pas interjeter appel doit donc pouvoir s'en désister librement. En revanche, dès que l'intimé a formé une demande incidente, l'instance est liée et l'appelant ne peut plus se désister de son appel contre le gré de l'intimé dont l'acceptation devient nécessaire.

En procédure écrite, la chronologie des actes suffit à régler la question de l'antériorité.

En procédure orale, la question a donné lieu à des solutions contradictoires.

Classiquement, l'oralité de la procédure impose à la partie de comparaître ou de se faire représenter pour formuler valablement des prétentions et les justifier (2^e Civ., 21 mars 2002, pourvoi n° 02-60.114; 2^e Civ., 4 mars 2004, *Bull.* 2004, II, n° 93, pourvoi n° 02-11.423) et ne sont pas recevables les conclusions adressées au juge par une partie qui ne comparaît ni n'est représentée (2^e Civ., 12 février 2004, *Bull.* 2004, II, n° 63, pourvoi n° 02-15.108). Le tribunal qui constate que le demandeur ne comparaît pas et ne se fait pas représenter en déduit exactement, sans violer l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que ses observations adressées par lettre ne sont pas recevables (2^e Civ., 23 septembre 2004, *Bull.* 2004, II, n° 414, pourvoi n° 02-20.497; 2^e Civ., 20 décembre 2007, pourvoi n° 06-20.201).

Dans une procédure orale, la règle de l'antériorité doit encore se combiner avec le principe formulé par l'article 440 du code de procédure civile selon lequel le demandeur, soit ici l'appelant, a la parole le premier.

La chambre sociale en avait déduit que la lettre contenant désistement de l'appel principal parvenue au greffe avant l'audience avait produit immédiatement son effet extinctif et qu'il s'ensuivait que la demande reconventionnelle de l'intimé était nécessairement postérieure dès lors qu'elle n'avait pu être formulée qu'à l'audience en raison du caractère oral de la procédure prud'homale (Soc., 17 mai 2005, *Bull.* 2005, V, n° 168, pourvoi n° 03-43.195).

La deuxième chambre civile a adopté la même solution (2^e Civ., 12 octobre 2006, *Bull.* 2006, II, n° 266, pourvoi n° 05-19.096).

Par la suite la chambre sociale a abandonné cette solution (Soc., 5 juillet 2005, *Bull.* 2005, V, n° 233, pourvoi n° 02-47.233 ; Soc., 7 décembre 2005, pourvoi n° 03-45.344 ; Soc., 15 décembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 387, pourvois n° 05-41.468 et 05-41.469). La chambre sociale a confirmé sa position par deux arrêts de principe rendus le même jour (Soc., 14 mars 2007, *Bull.* 2007, V, n° 49, pourvois n° 05-43.351 et 05-42.379) en affirmant (première espèce) « que, lorsqu'un appel incident a été formulé par un écrit déposé ou adressé au greffe antérieurement au désistement d'appel, l'exigence d'un procès équitable impose, au regard du principe de l'unicité de l'instance prud'homale, que le désistement soit accepté par l'auteur de l'appel incident » et (deuxième espèce) « que, lorsqu'une demande incidente a été formulée par un écrit déposé au greffe antérieurement au désistement d'appel, l'exigence d'un procès équitable impose, au regard du principe de l'unicité de l'instance prud'homale, que le désistement soit accepté par l'auteur de l'appel incident ».

La deuxième chambre civile a maintenu sa position.

Cette divergence a conduit à la saisine de la chambre mixte.

Sans se référer aux particularités de la procédure prud'homale, liées notamment à la règle de l'unicité de l'instance instituée par l'article R. 516-1 du code du travail, mais en se référant à l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la chambre mixte a rejeté le pourvoi en retenant « que, lorsque dans une procédure orale une demande incidente a été formulée par un écrit déposé au greffe antérieurement au désistement d'appel, l'égalité des armes et l'exigence d'un procès équitable imposent qu'il soit statué sur la demande incidente soutenue à l'audience ».

Cet arrêt énonce trois enseignements.

1) Le moyen unique de cassation soutenait « qu'en application de l'article 401 du code de procédure civile, dans le cadre d'une procédure orale, le désistement écrit du demandeur antérieurement à toute demande incidente produit un effet extinctif d'instance immédiat sans qu'il soit nécessaire de le porter à la connaissance du défendeur ; qu'en se fondant sur la date à laquelle le désistement de MM. C. et S. avait été porté à la connaissance de M. B., soit l'audience du 23 janvier 2007, en constatant qu'elle était postérieure aux demandes incidentes formées par ce dernier de dommages-intérêts pour procédure abusive et d'indemnités de procédure pour les considérer recevables, la cour a statué par un motif inopérant et, partant, violé l'article 401 du code de procédure civile ainsi que les articles 176 et 177 du décret du 27 novembre 1991 ».

En rejetant ce moyen, alors que le premier président s'était expressément fondé sur la date à laquelle l'intimé avait eu connaissance des désistements, la chambre mixte a confirmé la jurisprudence selon laquelle le désistement écrit du demandeur produit son effet extinctif d'instance immédiat sans qu'il soit nécessaire de le porter à la connaissance du défendeur (2^e Civ., 10 janvier 2008, *Bull.* 2008, II, n° 7, pourvoi n° 06-21.938; 2^e Civ., 10 juillet 2008, *Bull.* 2008, II, n° 174, pourvoi n° 07-17.042).

2) La chambre mixte confirme la jurisprudence selon laquelle la demande formée au titre de l'article 700 du code de procédure civile, qui ne tend qu'à régler les frais de l'instance auxquels est tenu l'appelant et qui n'implique pas pour la juridiction la nécessité d'examiner le fond, n'est pas une demande incidente (2^e Civ., 10 décembre 1986, *Bull.* 1986, II, n° 179, pourvoi n° 85-16.359; 2^e Civ., 17 mai 1993, *Bull.* 1993, II, n° , pourvoi n° 91-18.028), de sorte que la cour d'appel peut statuer sur ce chef nonobstant son dessaisissement sur le fond.

La deuxième chambre civile en a déduit (2^e Civ., 9 novembre 2006, *Bull.* 2006, II, n° 315, pourvoi n° 05-16.611) que « c'est à bon droit qu'une cour d'appel a statué sur la demande formée sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile par un intimé après le désistement de l'appelant, dès lors qu'il résulte de l'article 399 du même code que le désistement emporte, sauf convention contraire, soumission de payer les frais de l'instance éteinte ».

La chambre sociale a adopté la même solution (Soc., 6 mars 2007, pourvoi n° 03-48.248).

3) La chambre mixte innove en adoptant une solution combinant les solutions retenues par la deuxième chambre civile et la chambre sociale en affirmant que le juge doit statuer sur la demande incidente formée par écrit antérieurement au désistement d'appel si cette demande est soutenue à l'audience. En d'autres termes, la reprise à l'audience confère rétroactivement un effet procédural à la demande incidente formée par écrit antérieurement au désistement d'appel.

Cette solution s'inscrit dans un courant doctrinal et réglementaire en faveur de la reconnaissance d'une place de l'écrit dans la procédure orale (rapport de la commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge Guinchard, *L'Ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La Documentation française, 2008; avant-projet de décret en Conseil d'État portant réforme de la procédure orale).

La solution retenue par la chambre mixte accorde une place à l'écrit dans le cadre de la procédure orale tout en respectant le particularisme de cette procédure quant à l'obligation de comparution.

Cassation – Contrariété de décisions – Contrariété entre une décision pénale et une décision civile – Décision pénale conforme à la doctrine de la Cour de cassation – Annulation de la décision civile

Ch. mixte, 11 décembre 2009, pourvois n° 08-86.304 et 09-13.944, en cours de publication

Voir le commentaire *infra*, rubrique droit pénal et procédure pénale (VII), procédure pénale spécial (A), enquête et instruction (7), p. 442.

Jugements et arrêts – Nullité – Mentions – Omissions ou inexactitudes – Condition

Ch. mixte, 11 décembre 2009, pourvoi n° 08-13.643, en cours de publication

L'arrêt rendu par la chambre mixte du 11 décembre 2009 est porteur d'une espérance : harmoniser les décisions relatives aux erreurs matérielles et omissions affectant les jugements.

Pour regrettables qu'elles soient, les erreurs et omissions, dues à une défaillance du rédacteur, du greffe, voire d'une machine ou d'un logiciel, sont inévitables et toutes les chambres de la Cour de cassation en ont à connaître. Il est donc plus qu'opportun qu'elles y soient appréciées et traitées de la même façon.

L'arrêt confirme la lecture que l'on doit avoir de l'article 458 du code de procédure civile sur laquelle aucune divergence notable entre les chambres n'a été relevée même si celles-ci parviennent à réparer l'omission du nom du greffier ayant assisté aux débats par des moyens parfois différents : celle-ci en recourant à une présomption (1^{re} Civ., 15 mai 2007, *Bull.* 2007, I, n° 188, pourvoi n° 06-15.904), telle autre en affirmant que l'omission du nom du greffier (3^e Civ., 30 juin 1992, pourvoi n° 90-20.661) n'est pas sanctionnée par la nullité du jugement, l'article 458 du code de procédure civile réservant cette sanction aux mentions concernant le nom des juges.

C'est cette dernière solution qui est reprise par la chambre mixte.

Mais plus intéressant est l'apport de l'arrêt du 11 décembre 2009 relativement à l'omission dans le jugement de la mention du nom des assesseurs.

Sur ce point, la jurisprudence des chambres de la Cour de cassation se caractérisait par des mouvements d'oscillations entre deux positions antagonistes, adoptées tour à tour par les unes ou les autres : une tendance rigoriste, pouvant se réclamer des thèses développées par le doyen Perdriau selon lesquelles un jugement devant comporter en lui-même la preuve de sa régularité, la déficience d'un des éléments exigés par les textes doit entraîner sa nullité, l'autre courant, incarné par le professeur Perrot, défavorable au prononcé de cette nullité dès lors que la preuve de la régularité de la procédure résulte d'éléments extrinsèques, registre d'audience ou autres éléments fiables.

La Cour de cassation dans l'arrêt rapporté a pris nettement parti en faveur de cette seconde thèse, des considérations de droit et de bon sens plaidant en sa faveur. Certainement, le libellé de l'article 459 du code de procédure civile est le fondement principal, suffisant, de l'arrêt, la clarté de ses dispositions (« l'omission ou l'inexactitude d'une mention destinée à établir la régularité du jugement ne peut entraîner la nullité de celui-ci s'il est établi par les pièces de la procédure, par le registre d'audience ou par tout autre moyen que les prescriptions légales ont été, en fait, observées ») fait que l'on a peine à comprendre comment la thèse dite « rigoriste » a pu recevoir application, en procédure civile, tant elle paraît contraire au texte applicable.

Outre le souci premier d'appliquer pleinement et exactement un texte s'imposant au juge, la Cour de cassation n'a pas été, sans doute, insensible non plus aux avantages que présente une telle position : ne pas exposer les parties à des frais et procédures inutiles, ne pas

retarder l'issue des instances, ne pas gaspiller les deniers publics en utilisant des magistrats pour annuler puis juger à nouveau ce qui avait été initialement bien jugé par d'autres, de façon tout à fait régulière, seule la relation de ce travail sur la minute de la décision étant affectée d'une défaillance.

Jugements et arrêts – Notification – Signification à partie – Mentions – Voies de recours – Modalités d'exercice – Définition – Lieu d'exercice du recours

2^e Civ., 10 septembre 2009, Bull. 2009, II, n° 210, pourvoi n° 07-13.015

Par cet arrêt, la Cour de cassation se prononce sur les conditions de régularité de la notification ou de la signification d'un jugement au sens de l'article 680 du code de procédure civile, selon lequel l'acte doit indiquer de manière très apparente le délai du recours ainsi que les modalités selon lesquelles celui-ci doit être exercé : elle précise que cet acte doit mentionner le lieu où siège la juridiction de recours.

Une décision du bâtonnier de l'ordre des avocats d'un barreau lui ayant été notifiée avec la seule indication qu'elle était susceptible de recours dans le délai d'un mois « devant la cour d'appel », une partie a interjeté appel devant une première cour d'appel, puis a renouvelé son appel, mais après l'expiration du délai de recours, devant une seconde cour d'appel. Celle-ci a déclaré l'appel irrecevable comme tardif en retenant qu'aucun texte n'exigeait que soit mentionné dans l'acte de signification d'une décision quel était le siège de la juridiction devant laquelle devait être porté un recours.

Censurant l'arrêt attaqué, en tranchant une question sur laquelle la jurisprudence était incertaine et la doctrine partagée, la Cour de cassation retient, au visa de l'article 680 du code de procédure civile, que « constitue une modalité du recours le lieu où celui-ci doit être exercé ».

Cette décision vise à assurer une information complète des parties, pour leur garantir un droit effectif à l'exercice des voies de recours qui leur sont ouvertes.

Il y a lieu de faire deux observations, sur la sanction et sur les enjeux de cette solution.

Sur le premier point, il convient de rappeler que, selon la jurisprudence, l'absence de mention ou la mention erronée dans l'acte de signification de la voie de recours ouverte, de son délai ou de ses modalités ont pour effet de ne pas faire courir le délai de recours (*2^e Civ., 12 février 2004, Bull. 2004, II, n° 57, pourvoi n° 02-13.332*).

Sur le second point, il importe de rapprocher l'arrêt du 10 septembre 2009 d'un autre arrêt rendu par la deuxième chambre le 9 juillet 2009 (*Bull. 2009, II, n° 188, pourvoi n° 08-41.465*) ayant retenu qu'une cour d'appel qui, tenue de vérifier la régularité de sa saisine, constate que l'appel d'un jugement rendu par un conseil de prud'hommes a été formé devant une cour dans le ressort de laquelle n'est pas située la juridiction dont émane la décision attaquée, en déduit exactement que l'appel n'est pas recevable. Commandée par le caractère d'ordre public de l'article R. 212-2 du code de l'organisation judiciaire, la sanction rigoureuse ainsi appliquée à l'appel formé devant une autre cour que celle dans le ressort de laquelle est

située la juridiction dont émane la décision attaquée renforce l'enjeu de la mention, dans l'acte de notification de la décision, du lieu où le recours doit être exercé.

Juge de l'exécution – Compétence – Difficultés relatives aux titres exécutoires – Demande contestant la validité d'un engagement résultant d'un acte notarié

2^e Civ., 18 juin 2009, Bull. 2009, II, n° 165, pourvoi n° 08-10.843

L'arrêt attaqué par le pourvoi posait la question de la compétence du juge de l'exécution, à l'occasion de la contestation d'une saisie-attribution dont il était saisi, pour trancher la question de la validité de l'acte notarié contenant l'engagement de caution du débiteur saisi.

L'arrêt attaqué avait dénié toute compétence au juge de l'exécution pour en connaître en reprenant, à l'identique, les termes devenus presque sacramentels de deux avis rendus par la Cour de cassation le 16 juin 1995 (*Bull. 1995, Avis, n° 9, demande n° 09-50.008*) et le 14 février 1997 (*Bull. 1997, Avis, n° 2, pourvoi n° 09-60.014*), selon lesquels «le juge de l'exécution n'a pas compétence pour connaître des demandes tendant à remettre en cause dans son principe la validité des droits et obligations des parties que le titre exécutoire constate ».

C'est par une extension de l'incompétence énoncée à l'article 8, alinéa 2, du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 qui interdit au juge de l'exécution de modifier le dispositif de la décision de justice qui sert de fondement aux poursuites que la deuxième chambre civile jugeait dans le sens de l'incompétence du juge de l'exécution à connaître des contestations de la validité des actes notariés servant de fondement aux poursuites.

Si l'acte notarié revêtu de la formule exécutoire constitue l'un des titres exécutoires visés à l'article 3 de la loi du 9 juillet 1991, force est de constater que l'article 8 du décret du 31 juillet 1992 ne vise pas l'acte notarié et que l'article L. 311-12-1 du code de l'organisation judiciaire, devenu L. 213-6, qui donne compétence au juge de l'exécution pour régler les difficultés relatives aux titres exécutoires et connaître des contestations même portant sur le fond du droit, est sans précision utile quant aux limites à la compétence du juge de l'exécution selon la nature du titre exécutoire en cause.

Aucun argument de texte ne justifiait cette solution. La question de la compétence du juge de l'exécution tenait pour beaucoup à la conception que l'on a de l'institution du juge de l'exécution, conduisant à une compétence soit limitée aux difficultés d'exécution qui surgissent en aval du titre soit à une compétence étendue aux questions qui se posent en amont des seules difficultés de son exécution. C'est la conception restrictive qui a prévalu, empreinte, selon certains, d'une certaine méfiance à l'égard de l'institution du juge de l'exécution.

Mais cette solution a semblé devoir être remise en cause à l'aune de la réforme de la saisie immobilière par l'ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006. Sous l'empire de l'ancienne procédure, la chambre des criées, simple émanation du tribunal de grande instance, se voyait reconnaître compétence pour trancher, à l'occasion des incidents de saisie immobilière, la question de la validité du titre exécutoire servant de fondement aux poursuites.

La réforme de la saisie immobilière ayant transféré au juge de l'exécution le contentieux de la saisie immobilière (article L. 213-6 du code de l'organisation judiciaire), il y avait un

risque que la question de la compétence du juge de l'exécution se pose à nouveau et que ce qui était permis devant la chambre des criées avant la réforme ne le soit plus depuis la réforme devant le juge de l'exécution.

Ces considérations ajoutées au fait que le scepticisme à l'égard des capacités du juge de l'exécution à appréhender de telles questions ne s'est pas vérifié, ont conduit la deuxième chambre civile, par un revirement de sa jurisprudence, à reconnaître au juge de l'exécution compétence pour connaître des contestations portant sur la validité des droits et obligations contenus dans l'acte notarié qui sert de fondement aux poursuites.

Tribunal de commerce – Compétence – Compétence matérielle – Contestations relatives aux sociétés commerciales – Domaine d'application – Cas – Action contre un dirigeant social à l'occasion de sa gestion d'une société commerciale

Com., 27 octobre 2009, Bull. 2009, IV, n° 138, pourvoi n° 08-20.384

L'article 721-3 2° du code de commerce, issu de l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 portant refonte du code de l'organisation judiciaire et modifiant le code de commerce, a repris, en termes identiques, les dispositions de l'ancien article L. 411-4 du code de l'organisation judiciaire qui avait, lors de l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, dite loi NRE, remplacé l'article 631 du code de commerce, aux termes duquel les tribunaux de commerce connaissaient des « contestations entre associés pour raison d'une société de commerce ».

Le texte prévoit désormais, sans faire aucune référence au statut ou à la qualité des personnes en cause, que les tribunaux de commerce connaissent des contestations « relatives aux sociétés commerciales » (article L. 721-3 2° du code de commerce).

La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de tirer certaines conséquences de cette modification de la loi. Alors qu'antérieurement à celle-ci les litiges relatifs aux cessions de titres d'une société commerciale ne relevaient de la compétence de la juridiction commerciale que lorsque la cession revêtait la nature d'un acte de commerce, parce qu'elle conférait au cessionnaire le contrôle de la personne morale ou qu'elle lui en garantissait le maintien, la chambre commerciale a jugé, dans un souci manifeste de simplification et d'unification du contentieux de la cession de parts ou d'actions, que ressortissaient à la compétence du tribunal de commerce les litiges nés à l'occasion d'une cession de titres d'une société commerciale, peu important, dès lors, que la cession de titres emporte ou non celle du contrôle de la personne morale ou que les parties soient ou non commerçantes (*Com.*, 10 juillet 2007, *Bull.* 2007, IV, n° 193, pourvoi n° 06-16.548; *Com.*, 12 février 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 39, pourvoi n° 07-14.912).

L'arrêt du 27 octobre 2009 confirme cette évolution jurisprudentielle.

Il résulte en effet de cette décision que le tribunal de commerce est compétent lorsque les faits allégués à l'appui de la demande se rattachent par un lien direct à la gestion d'une société commerciale, alors même que le défendeur n'a pas la qualité de commerçant non plus que celle de dirigeant de droit de la société dont la gestion est discutée.

Cette solution, qui participe de la même volonté de simplification et de rationalisation des règles gouvernant la compétence d'attribution, surprendra d'autant moins que, sous l'empire de l'ancien article 631 2° du code de commerce, la chambre commerciale avait déjà reconnu la compétence de la juridiction commerciale lorsque les faits allégués au soutien d'une action en responsabilité exercée contre un dirigeant social se rattachaient par un lien direct à la gestion de la société dont il était le mandataire légal (Com., 7 avril 1967, *Bull.* 1967, III, n° 129, pourvoi n° 64-14.121). Certes, dans cette affaire, la personne dont la responsabilité était recherchée était bien dirigeant social. Mais ce qui justifiait la compétence de la juridiction consulaire, c'était moins la qualité de mandataire social du défendeur, puisque celle-ci, ne faisant pas de lui un commerçant, ni d'ailleurs un associé, ne suffisait pas à expliquer qu'il fût soustrait à son juge naturel, le tribunal de grande instance, que le constat de l'existence d'un lien direct entre les faits allégués et la gestion d'une société commerciale, la circonstance que la contestation soit née à l'occasion de l'exercice du pouvoir de direction au sein d'une société commerciale, quelle que soit la source de ce pouvoir, lui donnant objectivement une coloration commerciale.

B – Procédures civiles d'exécution

Saisie immobilière – Adjudication – Immeuble – Délivrance – Obligation du vendeur – Manquement – Applications diverses – Vendeur exploitant le fonds de commerce

Com., 31 mars 2009, Bull. 2009, IV, n° 47, pourvoi n° 08-14.180

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt rapporté, le propriétaire d'un immeuble vendu sur saisie y exploitait un fonds de commerce d'hôtel, en affectant à cette exploitation des meubles et matériels qu'il avait installés pour le service de l'hôtel, devenus immeubles par destination en application de l'article 524 du code civil.

La chambre commerciale décide que, n'étant pas titulaire d'un bail commercial, il était dépourvu de titre lui permettant de poursuivre son exploitation et de justifier de son maintien dans les locaux acquis par l'adjudicataire qui n'était pas tenu de lui consentir un tel bail, et qu'il ne pouvait plus revendiquer la propriété du fonds de commerce.

En effet, le fonds, ne pouvant être compris dans la saisie immobilière en tant qu'universalité mobilière incorporelle, n'a pas été transféré à l'adjudicataire, mais n'existe plus par l'effet de l'adjudication dès lors que l'immeuble, qui était le facteur principal d'attraction de la clientèle essentiellement liée à son exploitation, est la propriété de l'adjudicataire, et que tous les matériels et équipements de l'hôtel devenus immeubles par destination ont suivi le même sort. Le propriétaire ne justifiait d'aucun élément résiduel du fonds de commerce qui aurait pu subsister en sa faveur après l'adjudication.

C – Presse

Presse – Procédure – Action en justice – Assignation – Validité – Conditions – Indication du texte de loi applicable – Mentions obligatoires – Détermination – Portée

1^{re} Civ., 24 septembre 2009, *Bull.* 2009, I, n° 180, pourvoi n° 08-17.315

L'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 a été au centre de deux décisions rendues le 24 septembre 2009.

Dans la première était attaqué un arrêt de la cour d'appel de Reims rendu sur renvoi de cassation qui a prononcé la nullité des assignations délivrées non plus sur le fondement d'une absence d'élection de domicile des demandeurs au sens de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881, ce qui avait fait l'objet de la première cassation rendue dans cette affaire, mais au motif que l'article 32 de ladite loi prévoyant la peine applicable en cas de diffamation n'était pas indiqué. Il était reproché par le pourvoi à la cour d'appel d'avoir retenu à tort que les éléments précis pour qualifier l'incrimination contenue dans l'assignation étaient insuffisants à pallier le manquement de visa du texte applicable.

Déjà le 31 mars 1978 (*Bull.* 1978, II, n° 91, pourvoi n° 76-14.175), la deuxième chambre civile avait admis que les dispositions de l'article 53 relatives aux mentions que doit contenir la citation pour diffamation ne se rapportent, d'après leurs termes mêmes, qu'à la poursuite devant le tribunal répressif et ne s'appliquent pas aux instances introduites devant la juridiction civile. Mais cette position a été abandonnée pour dire qu'il résulte de ce texte que l'assignation doit préciser et qualifier le fait invoqué et indiquer la loi, et plus précisément la disposition de cette loi, applicable à la demande, soit celle qui édicte la peine applicable aux faits (2^e Civ., 19 février 1997, *Bull.* 1997, II, n° 44, pourvoi n° 94-13.877; 2^e Civ., 18 mars 1999, *Bull.* 1999, II, n° 52, pourvoi n° 97-14.328 et 2^e Civ., 12 mai 1999, *Bull.* 1999, II, n° 90, pourvoi n° 97-12.956). Le 4 mai 2000 (*Bull.* 2000, II, n° 73, pourvoi n° 98-13.095), la deuxième chambre civile indiquait que l'assignation devait préciser et qualifier le fait invoqué, et indiquer le texte applicable à la demande. Mais le 10 juin 2004 (*Bull.* 2004, II, n° 289, pourvoi n° 02-18.590) un tempérament était apporté dans un arrêt où il a été admis, s'agissant de diffamation non publique, que le visa de l'article R. 621-1 du code pénal était suffisant alors même que le montant de la peine encourue était édicté par l'article 131-13 1^o du même code.

Depuis que le contentieux de la presse a été dévolu à la première chambre civile il a été retenu que si la citation doit indiquer au prévenu, outre le texte applicable, les faits qui lui sont reprochés afin de le mettre en mesure de préparer sa défense, cette obligation ne va pas jusqu'à imposer la mention des chapitres et des pages d'un livre dont de courts extraits étaient cités (1^{re} Civ., 10 janvier 2006, *Bull.* 2006, I, n° 7, pourvoi n° 04-16.512). Plus récemment encore (1^{re} Civ., 21 février 2006, *Bull.* 2006, I, n° 90, pourvoi n° 04-16.705 et 1^{re} Civ., 16 mai 2006, *Bull.* 2006, I, n° 245, pourvoi n° 04-16.068) il a été admis qu'une citation spécifiant les imputations diffamatoires et l'infraction reprochée de diffamation publique envers un particulier n'était pas nulle malgré le visa global des articles 29 et 32 de la loi du 29 juillet 1881, le visa erroné et surabondant d'un texte de loi inapplicable à la poursuite n'étant pas de nature à entraîner la nullité de la citation.

Devait-il alors être fait droit aux prétentions du demandeur au pourvoi selon lequel la jurisprudence n'exige que le visa de la loi du 29 juillet 1881 prise dans son ensemble et non l'article édifiant spécifiquement l'infraction reprochée ?

Les dispositions de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 tendent à permettre à la personne contre laquelle une action fondée sur ladite loi a été engagée de connaître avec précision les faits qui lui sont reprochés afin qu'elle puisse préparer utilement sa défense ; si les règles de procédure de cette action s'appliquent quelle que soit la juridiction saisie afin d'assurer l'égalité de traitement des défendeurs, l'indication de la sanction pénale est sans intérêt lorsque l'action a été introduite devant une juridiction civile, puisque celle-ci ne peut pas la prononcer (Paris, 4 février 2000, *Gaz. Pal.* 2000, 2, somm. 1715).

Une telle décision qui donne un sens à la dépénalisation et à la différence entre les juridictions civile et pénale constitue un revirement de jurisprudence mais démontre que la loi s'applique dans la nuance et pour les circonstances pour lesquelles elle est faite. La défense de la liberté d'expression passe par l'accès au juge qui doit être facilité, car c'est devant lui qu'a lieu le vrai débat.

Presse – Procédure – Action en justice – Assignation – Validité – Conditions – Élection de domicile dans la ville où siège la juridiction saisie – Caractérisation – Cas

1^{re} Civ., 24 septembre 2009, Bull. 2009, I, n° 179, pourvoi n° 08-12.381

L'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 précise que si la citation est à la requête du plaignant, elle contiendra élection de domicile dans la ville où siège la juridiction saisie, mais ne prévoit aucune forme de l'élection de domicile et ne comporte à cet égard aucune exigence particulière.

Selon l'article 751 du code de procédure civile : « Les parties sont, sauf disposition contraire, tenues de constituer avocat.

La constitution de l'avocat emporte élection de domicile. »

L'article 752 du même code précise que, « outre les mentions prescrites à l'article 56, l'assignation contient à peine de nullité :

1° La constitution de l'avocat du demandeur ;

2° Le délai dans lequel le défendeur est tenu de constituer avocat. »

Aux termes de l'article 392 du code de procédure pénale : « La partie civile, qui cite directement un prévenu devant un tribunal répressif, fait, dans l'acte de citation, élection de domicile dans le ressort du tribunal saisi, à moins qu'elle n'y soit domiciliée. »

La chambre criminelle a énoncé, le 4 avril 1991, qu'en exigeant à peine de nullité de la poursuite que le plaignant élise domicile dans la ville où siège le tribunal saisi, l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881, qui déroge aux dispositions de l'article 392 du code de procédure pénale, impose que cette élection de domicile soit faite sur le territoire de la ville où siège le tribunal à l'exclusion de toute autre commune.

Pour la deuxième chambre civile (12 mai 1999, *Bull.* 1999, II, n° 90, pourvoi n° 97-12.956), il résulte de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 « que l'assignation délivrée à la requête du plaignant doit préciser et qualifier le fait invoqué et indiquer la loi applicable à la demande, contenir élection de domicile dans la ville où siège la juridiction saisie et être notifiée au ministère public ». Dans cette affaire, le tribunal d'instance de Nanterre avait été saisi en matière de presse par une assignation ne comportant pas élection de domicile du demandeur à Nanterre, ville où siégeait la juridiction saisie, et les défendeurs avaient obtenu que le tribunal prononce la nullité de l'assignation en violation de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881, mais la cour d'appel de Versailles avait infirmé le jugement de première instance en justifiant la régularité de l'assignation par un renvoi exprès aux règles du code de procédure civile (s'agissant d'une action exercée devant le juge civil et en l'absence de dispositions qui en décideraient autrement, la procédure applicable ne peut qu'être celle du code de procédure civile, laquelle a été respectée en l'espèce). En cassant cette décision la deuxième chambre a refusé de souscrire au raisonnement qui consiste à appliquer les règles de procédure de droit commun au contentieux de la presse.

Dans deux arrêts du 9 décembre 1999 (*Bull.* 1999, II, n° 187, pourvois n° 97-21.074 et 98-15.816) la même chambre a rappelé que l'application de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 devant les juridictions civiles n'est écartée par aucun texte législatif.

Il a donc été toujours jugé que les règles spéciales de procédure ne peuvent être éludées au profit des règles de droit commun du procès civil.

Ce formalisme rigoureux a cependant été fortement critiqué.

Il a été reproché à la Cour de cassation de malmenager les règles de procédure civile pour établir un parallélisme de forme entre le procès civil et le procès pénal. Certains auteurs ont en effet soutenu qu'appliquer les mêmes exigences devant la juridiction civile, où les risques ne sont pas du tout les mêmes que devant la juridiction pénale, ne se justifie pas (cf. « Qu'est devenue la responsabilité civile en matière de presse ? », E. Dreyer, *D.* 2004, p. 590), et que ces particularités de procédure et leur application à des actions civiles assurent aux médias une sorte d'immunité procédurale (E. Derieux, *Petites Affiches*, 16 juillet 2003, n° 141).

À cet égard, il est vrai que, au regard des règles de procédure civile, dès lors qu'en application de l'article 752 du nouveau code de procédure civile l'indication du nom d'un avocat postulant dans une assignation dans une instance civile où la représentation qui est obligatoire implique nécessairement une élection de domicile au cabinet de ce conseil, cette mention pourrait être considérée comme satisfaisant aux exigences de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 ; et le 15 mai 2007, a été rendu, dans la même espèce que celle soumise à la Cour dans l'arrêt commenté, un arrêt (1^{re} Civ., 15 mai 2007, *Bull.* 2007, I, n° 190, pourvoi n° 06-10.464) selon lequel l'indication dans l'assignation de l'avocat postulant au barreau du tribunal de grande instance de la ville où siège la juridiction saisie et dont le domicile professionnel en cette ville est précisé emporte nécessairement une élection de domicile du demandeur en son cabinet et satisfait ainsi aux exigences de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881, ce qui constitue un revirement de jurisprudence. La raison pour laquelle l'élection de domicile est exigée par la loi est de permettre la réception des offres de preuve conformément aux dispositions de l'article 55 de la loi du 29 juillet 1881.

Il a été demandé de franchir un pas supplémentaire et de répondre au cas particulier de la multipostulation : si du fait de la multipostulation les avocats au barreau de Paris peuvent exercer leur activité également dans le ressort des tribunaux de grande instance de Bobigny, Créteil et Nanterre, cette spécificité dispense le demandeur en diffamation de l'obligation d'élire expressément domicile sur le territoire de la ville où siège le tribunal soit en l'espèce le territoire de la ville de Nanterre comme l'exigeraient les règles spéciales de procédure édictées par la loi du 29 juillet 1881.

Par cet arrêt du 24 septembre 2009, la première chambre confirme la jurisprudence issue de l'arrêt de 2007. Il est dans la ligne de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques dont l'article 5 dispose que « les avocats [...] exercent exclusivement devant le tribunal de grande instance dans le ressort duquel ils ont établi leur résidence professionnelle les activités antérieurement dévolues au ministère obligatoire de l'avoué auprès de ce tribunal. Toutefois, les avocats exercent ces activités devant tous les tribunaux de grande instance près desquels leur barreau est constitué ».

D – Professions judiciaires

Prescription civile – Courtes prescriptions – Principes généraux –
Fondement – Présomption de paiement – Preuve contraire – Aveu –
Caractérisation – Défaut – Cas – Contestation de la créance formée à titre
subsidaire

Ass. plén., 29 mai 2009, Bull. 2009, Ass. plén., n° 6, pourvoi n° 07-20.913

Aux termes de l'article 2273 du code civil dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, l'action des avoués pour le paiement de leurs frais et salaires se prescrit par deux ans, à compter du jugement des procès ou de la conciliation des parties, ou depuis la révocation desdits avoués.

Fondée sur une présomption de paiement, cette courte prescription est écartée toutes les fois qu'il résulte de l'aveu du débiteur qu'il n'a pas acquitté sa dette. Tel est le cas du débiteur qui conteste l'existence ou le montant de la créance, avouant par là même son non-paiement. Dès lors se pose la question de savoir si cet aveu peut être retenu, lorsque le débiteur conteste par une demande subsidiaire le montant des sommes réclamées, alors qu'à titre principal il a opposé la prescription.

Saisie sur renvoi, l'assemblée plénière a, par arrêt du 29 mai 2009 (*Bull. 2009, Ass. plén., n° 6, pourvoi n° 07-20.913*), jugé que ne peuvent constituer un aveu de non-paiement de nature à faire échec à la demande principale soulevant la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'article 2273 du code civil des conclusions par lesquelles une partie soutient, à titre subsidiaire, que la demande en paiement des dépens de son avoué est injustifiée.

Certes l'abrogation par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 de l'article 2273 du code civil limite la portée de la solution donnée par l'assemblée plénière, la prescription de l'action en paiement des frais d'avoués n'étant plus maintenant fondée sur une présomption de paiement.

Mais l'intérêt de la solution n'en demeure pas moins, l'assemblée plénière ayant en effet consacré le principe de la hiérarchie des moyens. Il résulte de ce principe que le juge, tenu par l'objet du litige tel que fixé par les parties (articles 4 et 5 du code de procédure civile), doit respecter l'ordre des demandes et ne peut se prononcer sur une demande subsidiaire qu'après avoir rejeté la demande principale.

Avocat – Exercice de la profession – Contrat de collaboration – Requalification en contrat de travail – Impossibilité de développer une clientèle personnelle – Condition

1^{re} Civ., 14 mai 2009, Bull. 2009, I, n° 90, pourvoi n° 08-12.966

On sait que, selon l'article 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, en sa rédaction en vigueur à la date de l'arrêt commenté comme en sa rédaction issue de la loi du 25 juin 2008, « l'avocat salarié ne peut avoir de clientèle personnelle ». En revanche, l'article 18 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, auquel renvoie ce texte, prévoit que « le collaborateur libéral peut se constituer une clientèle personnelle », et l'article 129 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 précise que les conditions de la collaboration sont convenues entre les parties, notamment en ce qui concerne les conditions dans lesquelles l'avocat collaborateur peut satisfaire à sa clientèle personnelle. La possibilité ou non de développer une clientèle personnelle constitue donc un critère essentiel de la qualification d'un contrat liant un avocat à un cabinet en un contrat de collaboration ou en un contrat de travail (1^{re} Civ., 16 janvier 2007, *Bull.* 2007, I, n° 17, pourvoi n° 04-20.615).

Déjà, la chambre mixte, rappelant que l'avocat salarié est celui qui est lié par un contrat de travail à un autre avocat et dont le lien de subordination est caractérisé notamment pour lui par l'impossibilité d'avoir et de développer une clientèle dans les conditions prévues pour l'avocat collaborateur par l'article 129 du décret du 27 novembre 1991, avait approuvé une cour d'appel d'avoir requalifié en contrat de travail un contrat prétendument de collaboration en ayant relevé que l'avocat concerné avait été mis dans l'impossibilité d'avoir une clientèle personnelle (Ch. mixte, 12 février 1999, *Bull.* 1999, Ch. mixte, n° 1, pourvoi n° 96-17.468). La chambre sociale s'était conformée à cette jurisprudence (Soc., 8 mars 2000, *Bull.* 2000, V, n° 91, pourvoi n° 98-14.222).

Toutefois, on doit noter que, si le collaborateur a le droit de développer une clientèle personnelle et si le cabinet auquel il collabore a l'obligation de lui ménager les conditions d'organisation permettant effectivement la création et le développement d'une clientèle personnelle, l'exercice de son droit par le collaborateur est une simple faculté alors même qu'il bénéficie des conditions normales. Dès lors, l'absence d'une clientèle personnelle ou le très faible nombre de dossiers personnels ne sont pas, par eux-mêmes, un critère suffisant pour requalifier un contrat de collaboration en contrat de travail, car une telle situation peut résulter du choix ou de l'incapacité du collaborateur. Ainsi, dans le cas d'une convention de collaboration conforme aux prescriptions légales et réglementaires et devant le constat d'un nombre dérisoire de clients personnels, il convient de rechercher si le cabinet a permis, effectivement, concrètement et en pratique, au collaborateur de développer sa

propre clientèle. L'appréciation de ces circonstances factuelles relève évidemment du pouvoir souverain des juges du fond.

C'est en application de ces principes qu'est survenue la décision commentée. L'arrêt déféré avait, en effet, relevé que l'avocate concernée n'avait pu traiter que cinq dossiers personnels en cinq ans et avait apprécié cette situation au regard des conditions d'exercice de son activité, décrites dans la motivation, d'où il ressortait que, en réalité, elle n'avait pas disposé des moyens matériels et humains lui permettant effectivement de développer sa clientèle personnelle, ce qui excluait qu'elle fût à l'origine du nombre dérisoire et non significatif de dossiers personnels traités au demeurant en dehors du cabinet.

VII – DROIT PÉNAL ET PROCÉDURE PÉNALE

A – Procédure pénale

1 – Action civile

Séparation des pouvoirs – Agent d'un service public – Délit commis dans l'exercice des fonctions – Faute personnelle détachable – Définition

Crim., 10 février 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 34, pourvoi n° 08-84.339

Un fonctionnaire de la police nationale en patrouille a porté des coups à une personne au moment où celle-ci était appréhendée après avoir heurté avec son automobile le véhicule de police et s'être enfuie. Poursuivi devant le tribunal correctionnel, le policier a été condamné à une peine d'emprisonnement avec sursis ainsi qu'à verser des dommages-intérêts à la partie civile.

La cour d'appel a confirmé le jugement sur la déclaration de culpabilité et sur la peine mais elle s'est déclarée incompétente pour connaître de la demande en réparation présentée par la partie civile, en considérant que, si le fonctionnaire de police avait usé de « bien plus de force que nécessaire » pour maîtriser la victime, au visage duquel il avait porté des coups de poing, ces violences, qui constituaient une infraction pénale, avaient été commises avec les moyens du service et à l'occasion de l'interpellation d'un délinquant, de sorte que la faute commise n'était pas détachable du service et que le contentieux de sa réparation relevait des juridictions administratives.

Mais, se prononçant sur le pourvoi de la partie civile, la chambre criminelle relève qu'il résulte des constatations des juges du second degré que les violences relevées à la charge du prévenu, qui présentaient un caractère de gravité sans rapport avec les nécessités de l'exercice de ses fonctions, constituaient une faute personnelle.

En conséquence, et dans le prolongement de sa jurisprudence (*Crim.*, 14 juin 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 178, pourvoi n° 04-83.574), elle casse l'arrêt attaqué, au visa de l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790, du décret du 16 fructidor an III, et de l'article 3 du code de procédure pénale, et en application du principe selon lequel si la responsabilité de l'État est engagée en raison des fautes commises par ses agents lorsqu'elles ne sont pas dépourvues de tout lien avec le service, cette responsabilité n'est pas exclusive de celle des fonctionnaires auxquels est reprochée une faute personnelle détachable du service.

Action civile – Préjudice – Préjudice direct – Abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse d'une personne – Enfant de la victime – Recevabilité – Détermination

Crim., 3 novembre 2009, pourvoi n° 08-88.438, en cours de publication

La chambre criminelle s'est prononcée sur la question du préjudice des victimes dites par ricochet, étendant à l'abus de faiblesse la position qu'elle avait prise auparavant pour d'autres infractions.

À l'occasion de poursuites exercées du chef notamment d'abus de faiblesse contre un prévenu renvoyé devant le tribunal correctionnel par le juge d'instruction, les enfants de la victime s'étaient constitués parties civiles et avaient demandé l'allocation de dommages-intérêts en réparation de leur préjudice moral.

Ils prétendaient avoir subi un préjudice moral personnel résultant des circonstances dans lesquelles leur mère avait été abusée.

Le tribunal a fait droit à cette demande mais la cour d'appel a infirmé le jugement et déclaré les parties civiles irrecevables, affirmant que le préjudice qu'ils ont pu subir en conséquence des faits établis dans la procédure ne pouvait être qu'indirect, la seule victime directe des infractions commises par le prévenu étant leur mère.

Cet arrêt est cassé sur le moyen proposé par les enfants, la chambre criminelle affirmant, au visa des articles 2 et 3 du code de procédure pénale, ensemble l'article 223-15-2 du code pénal, que les proches de la victime d'un abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse sont recevables à rapporter la preuve d'un dommage dont ils ont personnellement souffert et qui découle directement des faits, objet de la poursuite.

2 – Action publique

Prescription – Action publique – Interruption – Acte interruptif de la prescription devant le Conseil de la concurrence – Saisine du Conseil de la concurrence

Crim., 17 juin 2009, Bull. crim. 2009, n° 125, pourvoi n° 08-84.482

Des dirigeants d'entreprises, usagers d'un abattoir public et actionnaires de la société exploitant cet abattoir, s'étaient concertés, du 1^{er} août 1999 au 31 décembre 2001, afin de répartir entre eux les tonnages libres d'abattage et faire échec à la reprise des engagements d'abattage d'une entreprise en liquidation judiciaire par une société tierce qui avait acquis ce fonds de commerce. La société victime de ces pratiques anticoncurrentielles avait saisi le 7 juillet 2002 le Conseil de la concurrence, qui, par décision du 3 août 2004, avait infligé des sanctions pécuniaires à ces entreprises ainsi qu'à la société exploitant l'abattoir. Saisi par le Conseil de la concurrence, le procureur de la République avait ordonné le 2 novembre 2004 une enquête, avant de faire citer les prévenus devant le tribunal correctionnel du chef de participation frauduleuse à une entente prohibée, infraction incriminée à l'article L. 420-6 du code de commerce.

En réponse aux prévenus qui soutenaient que les faits visés à la prévention et antérieurs au 2 novembre 2001 étaient atteints par la prescription, la cour d'appel relevait que le refus d'accès aux services de l'abattoir opposé à la société plaignante s'était poursuivi après l'entrée en vigueur de l'alinéa 3 de l'article L. 420-6 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, aux termes duquel « Les actes interruptifs de prescription devant le Conseil de la concurrence en application de l'article L. 462-7 sont également interruptifs de la prescription de l'action publique ». Elle en déduisait que, l'infraction poursuivie étant continue, la saisine du Conseil de la concurrence le 7 février 2002

tout comme la notification des griefs par le Conseil de la concurrence ou la séance du Conseil de la concurrence avaient interrompu la prescription.

La Cour de cassation approuve cette motivation et apporte ainsi deux précisions importantes sur le régime de la prescription du délit de participation frauduleuse à une action concertée tendant à refuser l'accès à un marché.

En premier lieu, elle énonce que l'alinéa 3 de l'article L. 420-6 du code de commerce, issu de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, n'est applicable qu'aux faits commis postérieurement à l'entrée en vigueur de ladite loi (soit le 18 mai 2001). Cette disposition a en effet aggravé le sort des intéressés dans la mesure où elle revient à différer dans le temps l'acquisition de la prescription. Or, la loi du 9 mars 2004, qui a modifié l'article 112-2 4° du code pénal, ne peut remettre en cause des prescriptions acquises avant son entrée en vigueur en vertu de la précédente règle de droit transitoire écartant l'application immédiate des lois de prescription lorsqu'elles « auraient pour résultat d'aggraver la situation de l'intéressé » (Crim., 6 février 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 32, pourvoi n° 06-88.299).

En second lieu, sur le point de départ de la prescription de l'action publique, la chambre criminelle énonce que l'infraction de participation frauduleuse à une action concertée tendant à refuser l'accès à un marché est un délit qui ne commence à se prescrire qu'à partir de l'instant où le prévenu cesse d'y prendre part. Cette solution, qui se rapproche de celle retenue en matière d'association de malfaiteurs, pour laquelle la chambre juge qu'il s'agit d'un délit « qui ne commence à se prescrire qu'à partir de l'instant où le prévenu cesse d'en faire partie, soit en la quittant, soit parce qu'elle a cessé d'exister » (Crim., 16 octobre 1979, *Bull. crim.* 1979, n° 285, pourvoi n° 79-90.762), conduit à reconnaître à cette infraction le caractère d'une infraction continue.

3 – Appel

Appel correctionnel ou de police – Appel du prévenu – Déclaration d'adresse par le prévenu libre – Citation faite à l'adresse déclarée – Appelant inconnu à l'adresse déclarée – Prévenu non comparant – Arrêt contradictoire à signifier

Crim., 23 septembre 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 158, pourvoi n° 08-87.406

Dans son *Rapport annuel* 2009, la Cour de cassation constatait que l'application des dispositions de l'article 503-1 du code de procédure pénale, issues de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, suscitait un contentieux important devant la chambre criminelle (cf. *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2008 – quatrième partie – jurisprudence de la Cour). Le présent arrêt s'inscrit dans la continuité des solutions précédemment arrêtées.

Dans les faits de l'espèce, l'huissier de justice, chargé de délivrer au prévenu une citation à comparaître devant la cour d'appel, s'était présenté à l'adresse déclarée par le prévenu dans l'acte d'appel et, après avoir constaté que celui-ci était parti depuis un an sans avoir laissé d'adresse, avait dressé un « procès-verbal de perquisition ». Le prévenu, qui n'avait ni comparu à l'audience ni fourni d'excuse, était jugé par arrêt contradictoire à signifier.

La chambre criminelle rejette le pourvoi formé par ce dernier qui, arguant d'un déménagement, concluait en une violation de son droit à un recours effectif devant la cour d'appel. La chambre énonce qu'il appartient au prévenu qui a interjeté appel de signaler auprès du procureur de la République, par lettre recommandée avec avis de réception, tout changement de l'adresse déclarée et que l'huissier de justice qui se transporte à cette adresse et dresse un procès-verbal constatant que l'appelant n'y est plus connu n'a aucune autre diligence à accomplir.

Appel correctionnel ou de police – Appel de la partie civile – Appel de la partie civile seule – Requalification – Pouvoir du juge – Limites
Crim., 4 juin 2009, Bull. crim. 2009, n° 112, pourvoi n° 08-87.943

Il résulte de la jurisprudence constante de la chambre criminelle que, « s'il appartient aux juges répressifs de restituer aux faits leur véritable qualification, c'est à la condition nécessaire que le prévenu ait été en mesure de s'expliquer sur la nouvelle qualification envisagée » (cf. notamment *Crim.*, 16 mai 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 128, pourvoi n° 00-85.066; *Crim.*, 17 octobre 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 213, pourvoi n° 01-81.988; *Crim.*, 5 mars 2003, *Bull. crim.* 2003, n° 60, pourvoi n° 01-87.045).

Dans l'arrêt précité, la Cour de cassation fait expressément, pour la première fois, application de cette règle dans l'hypothèse où les juges du second degré ne sont saisis que par le seul appel d'une partie civile contre une décision de relaxe. Elle censure, au visa de l'article 388 du code de procédure pénale, ensemble l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article préliminaire du code de procédure pénale, une cour d'appel qui, pour condamner la personne poursuivie du chef d'abus de confiance aggravé à réparer le préjudice subi par une partie civile, avait dit que les faits caractérisaient en réalité le délit d'abus frauduleux d'un état de particulière vulnérabilité, prévu par l'article 223-15-2 du code pénal, alors qu'il ne résultait ni des mentions de l'arrêt ni des pièces de procédure que la partie intimée, sur le seul appel de cette partie civile, avait été invitée à se défendre sur cette nouvelle qualification (cf. – solutions implicites – : *Crim.*, 18 octobre 1995, *Bull. crim.* 1995, n° 312, pourvoi n° 94-83.119; *Crim.*, 7 janvier 2003, *Bull. crim.* 2003, n° 2, pourvoi n° 01-88.702; *Crim.*, 23 janvier 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 18, pourvoi n° 00-80.562).

4 – Cassation

Cassation – Mémoire – Mémoire ampliatif – Défaut – Portée

Ass. plén., 17 juillet 2009, *Bull. crim.* 2009, *Ass. plén.*, n° 2, pourvoi n° 09-82.690
Ass. plén., 17 juillet 2009, *Bull. crim.* 2009, *Ass. plén.*, n° 3, pourvoi n° 09-82.691
Ass. plén., 17 juillet 2009, *Bull. crim.* 2009, *Ass. plén.*, n° 4, pourvoi n° 09-82.692

L'assemblée plénière de la Cour de cassation a eu l'occasion de statuer sur les pourvois formés par Charles Pasqua contre trois arrêts rendus le 9 avril 2009 par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République l'ayant renvoyé devant ladite Cour sous la prévention de corruption passive par personne dépositaire de l'autorité publique, dans la première affaire, de complicité d'abus de biens sociaux et complicité de recel d'abus de biens sociaux dans les deux autres affaires, faits qui auraient été commis dans l'exercice

de ses fonctions de ministre d'État, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire exercées du mois d'avril 1993 au mois de mai 1995.

La loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République dispose en son article 24 que, dans les conditions et formes déterminées par le titre premier (« Du pourvoi en cassation ») du livre III (« Des voies de recours extraordinaires ») du code de procédure pénale, les arrêts de la commission d'instruction peuvent faire l'objet de pourvois en cassation qui sont portés devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Un renvoi est ainsi opéré aux articles 567 à 621 du code de procédure pénale relatifs au pourvoi en cassation.

Le 14 avril 2009, l'avocat de l'intéressé, muni d'un pouvoir spécial, par déclaration faite au greffier de la commission d'instruction, avait formé un pourvoi en cassation contre chacun des trois arrêts rendus par cette juridiction le 9 avril 2009. Ces pourvois, survenus dans les délais et les formes prévus par les articles 568 et 576 du code de procédure pénale, étaient recevables.

Le dépôt du mémoire est soumis aux règles prévues par les articles 584 et suivants du code de procédure pénale.

Le demandeur en cassation, soit en faisant sa déclaration, soit dans les dix jours suivants, peut déposer, au greffe de la juridiction qui a rendu la décision attaquée, un mémoire personnel, signé par lui, contenant ses moyens de cassation (article 584).

Après l'expiration de ce délai, le demandeur non condamné pénalement, ce qui était le cas en l'espèce, doit, pour déposer un mémoire au greffe de la Cour de cassation, avoir recours au ministère d'un avocat à ladite Cour (article 585).

Sauf dérogation accordée par le président de la chambre criminelle (par le premier président de la Cour de cassation, lorsque l'assemblée plénière est compétente), la déclaration de l'avocat qui se constitue au nom du demandeur au pourvoi doit survenir un mois au plus tard après la date du pourvoi (article 585-1).

Dans la présente espèce, le demandeur n'avait pas déposé de mémoire personnel et aucun avocat ne s'était constitué.

Par trois arrêts rendus le 17 juillet 2009, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, après avoir relevé qu'aucun moyen n'était produit au soutien du pourvoi, a constaté que la juridiction devant laquelle le demandeur était renvoyé était compétente, que la procédure était régulière et a, par conséquent, rejeté les pourvois.

Urbanisme – Permis de construire – Construction sans permis ou non conforme – Démolition, mise en conformité ou réaffectation du sol – Condamnation civile – Exécution – Modalités – Détermination
Crim., 3 novembre 2009, pourvoi n° 08-88.178, en cours de publication

L'article 569 du code de procédure pénale prévoit, en son premier alinéa, que le pourvoi en cassation a, en principe, pour effet de surseoir à l'exécution de l'arrêt de la cour d'appel, sauf en ce qui concerne les condamnations civiles.

La chambre criminelle a été amenée à se prononcer sur les effets du pourvoi lorsque la cour d'appel dont l'arrêt est attaqué devant elle s'est prononcée sur les intérêts civils à la suite d'une précédente décision ayant relaxé des prévenus poursuivis pour infraction au code de l'urbanisme.

Les auteurs du pourvoi contestaient le fait que la cour d'appel ait ordonné l'arasement d'un mur de clôture à une hauteur de 2,50 m dans un délai de six mois à compter de son arrêt, sous astreinte, et soutenaient que le délai assortissant une injonction de faire ne peut courir avant que la décision soit devenue définitive, de sorte qu'en ordonnant la remise en état des lieux en prenant comme point de départ du délai d'exécution le prononcé de l'arrêt la cour d'appel avait méconnu les dispositions de l'article L. 480-7 du code de l'urbanisme.

Le moyen est écarté par l'affirmation selon laquelle, conformément à l'article 569 du code de procédure pénale, il n'est pas sursis à l'exécution de la mesure de mise en conformité des lieux jusqu'à ce que la décision soit définitive, dès lors que cette mesure a été prononcée à titre de condamnation civile.

5 – Contrôle judiciaire et détention provisoire

Chambre de l'instruction – Détention – Prolongation de la détention d'un accusé renvoyé devant la cour d'assises – Motivation par référence aux raisons de fait ou de droit faisant obstacle au jugement de l'affaire – Nécessité

Crim., 2 septembre 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 148, pourvoi n° 09-83.950

Crim., 2 septembre 2009, pourvoi n° 09-83.938

Crim., 2 septembre 2009, pourvoi n° 09-83.949

Par trois arrêts rendus le 2 septembre 2009, la chambre criminelle de la Cour de cassation a censuré la motivation de décisions rendues par la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, qui avait prolongé pour une nouvelle durée de six mois la détention provisoire de personnes renvoyées devant la cour d'assises de Paris, spécialement composée, qui avaient déjà passé plus de cinq ans en détention provisoire.

Pour prolonger, à la demande du ministère public, la détention provisoire des accusés pour une nouvelle durée de six mois, sur le fondement de l'article 181, alinéa 9, du code de procédure pénale et répondre à leur argumentation prise du droit à être jugé dans un délai raisonnable, la chambre de l'instruction, après avoir relevé qu'il résultait de la requête du procureur général que l'encombrement du rôle de la cour d'assises spécialement composée n'avait pas permis de les faire comparaître dans le délai d'un an, même prolongé exceptionnellement une première fois pendant six mois, avait énoncé que cette dernière juridiction étant seule compétente pour le jugement de crimes terroristes commis sur l'ensemble du territoire français, sa charge de travail avait pour conséquence l'utilisation, dans certaines affaires, du délai maximal de détention institué par le code de procédure pénale, mais qu'un tel délai demeurait dans les limites raisonnables prévues par les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les juges avaient notamment ajouté que la durée de l'information judiciaire était par ailleurs justifiée par la complexité des investigations à mener,

compte tenu du mutisme des personnes mises en cause ayant conduit à des expertises dont la réalisation avait entraîné l'allongement des délais d'instruction.

La chambre criminelle a considéré qu'en se déterminant ainsi la chambre de l'instruction, qui ne pouvait justifier la mesure de prolongation de la détention à titre exceptionnel par les difficultés récurrentes de fonctionnement de la juridiction appelée à statuer au fond, et qui n'avait pas recherché si les autorités compétentes avaient apporté une diligence particulière à la poursuite de la procédure, a méconnu l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 181, alinéa 9, du code de procédure pénale.

Chambre de l'instruction – Détention provisoire – Appel d'une ordonnance de placement – Personne mise en examen arguant d'un état de santé incompatible avec une mesure de détention provisoire – Réponse aux articulations essentielles du mémoire – Nécessité

Crim., 2 septembre 2009, Bull. crim. 2009, n° 149, pourvoi n° 09-84.172

Une chambre de l'instruction saisie de l'appel d'une ordonnance de placement en détention provisoire est tenue de répondre aux articulations essentielles des mémoires des parties.

Par l'arrêt du 2 septembre 2009, la chambre criminelle a censuré un arrêt qui avait confirmé une ordonnance de placement en détention provisoire sans répondre au mémoire dans lequel la personne mise en examen faisait valoir que son état de santé était incompatible avec une mesure de détention provisoire.

6 – Cour d'assises

Cour d'assises – Arrêt – Arrêt de condamnation – Motivation – Exigences légales et conventionnelles – Détermination

Crim., 14 octobre 2009, Bull. crim. 2009, n° 170, pourvoi n° 08-86.480

Par un arrêt rendu le 13 janvier 2009, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé non conforme à la Convention européenne des droits de l'homme la condamnation prononcée par l'arrêt d'une cour d'assises belge au motif que, cette décision ne comportant que des réponses laconiques à des questions formulées de manière vague et générale, elle ne permettait pas de connaître les principales raisons pour lesquelles la cour d'assises s'était déclarée convaincue de la culpabilité de l'accusé.

À la suite de cet arrêt, des moyens ont été présentés devant la chambre criminelle de la Cour de cassation, pris de ce que la motivation tirée de la seule réponse aux questions posées à la cour et au jury ne répondait pas aux exigences du procès équitable résultant de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Par un arrêt rendu le 14 octobre 2009, la chambre criminelle de la Cour de cassation, réunie en plénière de chambre, a jugé conforme aux exigences du procès équitable la condamnation prononcée par un arrêt de cour d'assises qui, conformément aux règles de la procédure pénale française, ne contient pas d'autre motivation que la réponse aux questions posées à la cour et au jury.

Dans son arrêt, la chambre criminelle a considéré que la décision Taxquet c. Belgique de la Cour européenne des droits de l'homme, qui n'est d'ailleurs pas définitive dans la mesure où elle doit être réexaminée par la grand-chambre de cette juridiction, rendue à propos de la procédure suivie en Belgique, où les jurés et les magistrats délibèrent séparément et où les arrêts des cours d'assises ne sont pas susceptibles d'appel, ne pouvait être transposée à la procédure française.

La chambre criminelle a relevé que, dans l'affaire qui lui était soumise, l'arrêt de condamnation reprenait les réponses qu'en leur intime conviction, après un vote à bulletin secret et à la majorité des deux tiers, les magistrats et les jurés composant la cour d'assises d'appel avaient données aux questions sur la culpabilité, questions qui avaient été soumises au préalable à la discussion des parties.

Elle en a déduit que la procédure suivie à l'encontre de l'accusé a été équitable dès lors que l'information préalable des parties sur les charges fondant sa mise en accusation, le libre exercice des droits de la défense ainsi que le caractère public et contradictoire des débats ont été assurés.

Cour d'assises – Arrêts – Arrêts d'acquiescement – Appel – Appel du procureur de la République – Recevabilité (non)

Crim., 2 septembre 2009, Bull. crim. 2009, n° 150, pourvoi n° 09-84.355

L'article 380-2 du code de procédure pénale réserve le droit d'appel des arrêts d'acquiescement au procureur général.

Dès lors, la chambre criminelle a considéré que l'appel interjeté par le procureur de la République, même sur instructions du procureur général, est irrecevable.

7 – Enquête et instruction

Chambre de l'instruction – Appel d'une décision du juge des libertés et de la détention ordonnant une mesure d'inscription provisoire d'hypothèque – Contrôle – Étendue – Détermination

Ch. mixte, 11 décembre 2009, pourvois n° 08-86.304 et 09-13.944, en cours de publication

La chambre mixte, composée des deuxième et troisième chambres civiles et de la chambre criminelle, a été interrogée pour la première fois sur deux questions :

- d'une part, laquelle d'une chambre de l'instruction ou d'une chambre civile est compétente pour connaître de l'appel interjeté contre une décision du juge des libertés et de la détention rejetant la demande de mainlevée d'une inscription provisoire d'hypothèque prise à la requête du procureur de la République sur les biens immobiliers d'une personne mise en examen ?
- d'autre part, la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 mars 2004, confiant à l'autorité judiciaire le soin d'apprécier l'existence des éléments de gravité justifiant le recours à une procédure exceptionnelle, s'applique-t-elle indistinctement à l'ensemble des infractions relevant de l'article 706-73 du code de procédure pénale ou seulement à certaines d'entre elles ?

Les circonstances étaient quelque peu particulières dans cette affaire de blanchiment en bande organisée. Saisie à l'origine d'un pourvoi contre un arrêt rendu par une chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris qui avait rejeté la demande de mainlevée de la mesure conservatoire, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait été avisée par le dépôt d'un mémoire complémentaire peu avant l'audience que le pourvoi devenait sans objet puisqu'une chambre civile de la même cour d'appel, saisie parallèlement, avait ordonné la mainlevée de l'inscription. Un second pourvoi s'est ensuivi, introduit cette fois-ci par le procureur général près la cour d'appel de Paris sur le fondement d'une contrariété de décisions visée à l'article 618 du code de procédure civile et d'un risque de déni de justice.

On sait en effet, depuis un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour du 29 novembre 1996 (*Bull.* 1996, Ass. plén., n° 8, pourvoi n° 93-20.799), que le pourvoi dirigé contre deux décisions, dont l'une émane du juge pénal et l'autre du juge civil, est recevable lorsque, même non rendues en dernier ressort et alors qu'aucune d'elles n'est susceptible d'un recours ordinaire, elles sont inconciliables et aboutissent à un déni de justice. Ce nouvel arrêt a été l'occasion d'adjoindre l'article 618 du code de procédure civile, texte réglementaire, au visa de l'article 4, texte législatif sur lequel devait s'appuyer une cassation en matière pénale ; mais aussi de préciser qu'il importait que les deux décisions soient inconciliables dans leur exécution pour être arguées de contrariété.

La Cour a décidé, après rejet du pourvoi introduit par le mis en examen devant la chambre criminelle qu'elle a choisi d'examiner et sur l'avis contraire de l'avocat général, qu'à défaut de disposition particulière dérogatoire la chambre de l'instruction est compétente pour connaître l'appel d'une décision du juge des libertés et de la détention, et que seul l'arrêt rendu par la chambre civile de la cour d'appel devait être annulé.

Elle n'a pas, non plus, suivi le ministère public dans son analyse de la décision du Conseil constitutionnel, et a approuvé la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris d'avoir retenu que la réserve d'interprétation invoquée avait été émise à propos de l'infraction de vol en bande organisée relevant de l'article 706-73 du code de procédure pénale, et non quant aux autres infractions qui y sont visées.

On peut ajouter que cet arrêt a été l'occasion pour la chambre mixte non seulement de se prononcer sur les deux questions de principe, mais encore de préciser accessoirement que les dispositions de l'article 67 de la loi du 9 juillet 1991 ne s'appliquent pas à l'article 706-103 du code de procédure pénale et que la Haute Juridiction s'attache plus à l'esprit, écarter un déni de justice, qu'à la lettre, lorsqu'un pourvoi est formé par un parquet général pour dénoncer une contrariété de décisions.

Enquête préliminaire – Officier de police judiciaire – Pouvoirs – Fixation d'images de personnes se trouvant dans des lieux privés – Possibilité (non)
Crim., 27 mai 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 108, pourvoi n° 09-82.115

Par la loi du 9 mars 2004, le législateur a fixé les conditions dans lesquelles peuvent être mis en place en cours d'instruction des dispositifs de sonorisation et de fixation d'images (cf. les articles 706-96 à 706-102 du code de procédure pénale). S'il a ainsi donné une base légale à ces dispositifs, il a dans le même temps rendu illégales les opérations de sonorisation

et de fixation d'images qui ne répondent pas aux conditions de fond et de forme énoncées par l'article 706-96 du code de procédure pénale.

La chambre criminelle a ainsi approuvé une chambre de l'instruction d'avoir déclaré irrégulières les opérations de sonorisation d'un parloir ordonnées par le juge d'instruction dans une information ouverte du chef de meurtre, dès lors qu'il se déduit de l'article 706-96 du code de procédure pénale que la sonorisation du parloir d'un détenu ne peut être autorisée par le juge d'instruction qu'au cours d'une information portant sur un crime ou délit entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 dudit code (Crim., 9 juillet 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 170, pourvoi n° 08-82.091).

Elle a par ailleurs énoncé que la captation, la fixation, l'enregistrement ou la transmission par les policiers de l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé, qui ne sont autorisés que dans les cas et conditions prévus par l'article 706-96 du code de procédure pénale, ne peuvent être opérés au cours d'une enquête préliminaire (Crim., 21 mars 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 89, pourvoi n° 06-89.444 – Réponse au moyen proposé par le procureur général près la cour d'appel de Rennes).

Dans la droite ligne de cet arrêt, considérant que les parties communes d'une copropriété constituent un lieu privé, la chambre criminelle a jugé que la captation et la fixation de l'image d'une personne se trouvant dans l'allée centrale du parking d'une copropriété dont l'accès nécessite l'usage d'une télécommande, qui ne sont autorisées que dans les cas et conditions prévus par l'article 706-96 du code de procédure pénale, ne peuvent être opérées au cours d'une enquête préliminaire.

Instruction – Interrogatoire – Matière criminelle – Enregistrement audiovisuel – Domaine d'application

Crim., 1^{er} avril 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 64, pourvoi n° 08-88.549

Selon l'article 116-1 du code de procédure pénale, en matière criminelle, les interrogatoires des personnes mises en examen réalisés dans le cabinet du juge d'instruction, y compris l'interrogatoire de première comparution et les confrontations, font l'objet d'un enregistrement audiovisuel.

Saisie de la question de savoir si un interrogatoire de première comparution mené dans un hôpital devait faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel, la chambre criminelle a répondu que les dispositions de l'article 116-1 du code de procédure pénale n'imposent, en matière criminelle, l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires des personnes mises en examen que lorsqu'ils sont réalisés dans le cabinet du juge d'instruction. Elle a en conséquence approuvé une chambre de l'instruction d'avoir rejeté la requête aux fins d'annulation d'un interrogatoire de première comparution mené à l'hôpital et n'ayant pas fait l'objet d'un enregistrement audiovisuel.

8 – Juridictions correctionnelles

Juridictions correctionnelles – Composition – Incompatibilités – Cour d’appel – Magistrat ayant participé à un arrêt de la chambre commerciale de la même cour – Identité de faits et d’éléments de preuve

Crim., 8 avril 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 73, pourvoi n° 08-83.923

Cet arrêt de cassation, au visa de l’article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l’homme, ensemble l’article 510 du code de procédure pénale, constitue une nouvelle illustration du principe dégagé par la chambre criminelle selon lequel ne peut faire partie de la chambre des appels correctionnels le magistrat qui, à l’occasion d’une instance civile, s’est déjà prononcé sur tout ou partie des faits qui ont justifié le renvoi du prévenu devant le juge pénal. Dans l’arrêt commenté, la chambre criminelle énonce qu’un magistrat qui, à l’occasion d’une instance commerciale en dommages-intérêts pour résiliation fautive de la location-gérance d’un fonds de commerce, a porté une appréciation sur les éléments de preuve produits par le locataire évincé, ne peut, sans méconnaître l’exigence d’impartialité, participer ensuite à la chambre correctionnelle appelée à juger ce preneur poursuivi pour escroquerie au jugement à raison des mêmes faits et éléments de preuve.

La chambre avait déjà jugé que le magistrat qui, à l’occasion d’une instance civile, a porté une appréciation sur la faute qu’un expert-comptable et un commissaire aux comptes ont pu commettre en ne signalant pas des anomalies affectant les comptes d’une société ne peut participer ensuite à la chambre correctionnelle qui, pour statuer sur une demande de dommages-intérêts formée par l’acquéreur de parts de ladite société, est amenée à se prononcer sur le point de savoir si la dissimulation, par le vendeur, des anomalies en question a été corroborée par l’intervention de ces deux professionnels (*Crim.*, 5 novembre 2003, *Bull. crim.* 2003, n° 210, pourvoi n° 02-84.137) ou que le magistrat qui, à l’occasion d’une instance prud’homale, porte une appréciation sur le comportement d’un salarié dans ses rapports professionnels avec un client ne peut participer ensuite à la formation correctionnelle appelée à juger l’intéressé à raison des mêmes faits pénalement qualifiés (*Crim.*, 24 novembre 1999, *Bull. crim.* 1999, n° 275, pourvoi n° 98-85.327).

Jugements et arrêts – Rectification – Erreur matérielle – Juridictions correctionnelles – Intérêts civils seuls en cause – Présence – Ministère public – Nécessité – Exclusion – Cas

Crim., 3 novembre 2009, pourvoi n° 09-80.991, en cours de publication

Par cet arrêt, la chambre criminelle s’est prononcée sur la présence du ministère public devant les juridictions correctionnelles saisies, en application de l’article 710 du code de procédure pénale, d’une demande de rectification d’erreur matérielle, lorsque seuls les intérêts civils sont en jeu.

Alors que, devant les juridictions pénales, la présence du ministère public n’est pas obligatoire lorsqu’il a été statué sur l’action publique et que seule est en cause l’action civile (article 464, alinéa 4, du code de procédure pénale), les dispositions de l’article 711 imposaient celle-ci lorsque le tribunal ou la cour d’appel étaient saisis d’un incident contentieux relatif à l’exécution d’une sentence ou d’une demande de réparation d’une erreur purement matérielle.

En l'espèce, une cour d'appel avait été saisie d'une demande de rectification d'un précédent arrêt concernant les seuls intérêts civils, et avait statué hors la présence du ministère public.

Dans un premier moyen, l'auteur du pourvoi dirigé contre l'arrêt ayant rectifié l'erreur matérielle faisait grief aux juges d'appel d'avoir violé les articles 32, 591, 592, 593 et 711 du code de procédure pénale et d'avoir statué hors la présence du ministère public, alors que, partie intégrante des juridictions répressives, le ministère public doit, à peine de nullité d'ordre public, être présent aux débats ayant lieu devant une juridiction de jugement statuant sur une requête en rectification d'erreur matérielle.

Tirant les conséquences du caractère facultatif de la présence du ministère public lorsque est seule en jeu l'action civile, la chambre criminelle affirme que la cour d'appel a fait l'exacte application des articles 464 et 711 du code de procédure pénale, dès lors que la présence du ministère public n'est pas obligatoire lorsque le débat ne porte plus que sur les intérêts civils.

Frais et dépens – Condamnation – Auteur de l'infraction – Article 475-1 du code de procédure pénale – Domaine d'application

Crim., 7 octobre 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 165, pourvoi n° 08-88.320

Dans cet arrêt, la chambre précise, pour la première fois, que la cour d'appel qui caractérise l'existence d'une infraction à la charge du prévenu définitivement relaxé peut condamner celui-ci à payer à la partie civile une somme au titre des frais visés à l'article 475-1 du code de procédure pénale.

Jugements et arrêts – Note en délibéré – Mention dans la décision – Exclusion – Conditions – Détermination

Crim., 16 décembre 2009, pourvoi n° 09-81.136, en cours de publication

Le statut des notes en délibéré suscite un contentieux important devant la chambre criminelle. Il convient de rappeler qu'en matière correctionnelle ou de police la chambre criminelle juge, de manière constante, que la clôture des débats ne survient pas lorsque l'affaire est mise en délibéré, mais seulement au moment du prononcé du jugement ou de l'arrêt (*Crim.*, 23 avril 1981, *Bull. crim.* 1981, n° 118, pourvoi n° 79-94.600 et les arrêts cités, *Crim.*, 25 juin 1986, *Bull. crim.* 1986, n° 226, pourvoi n° 85-95.498; *Crim.*, 10 octobre 2006, pourvoi n° 06-82.351). En conséquence, les parties peuvent adresser, soit à la demande même de la cour ou du tribunal, soit d'initiative, une note en délibéré à la juridiction.

La chambre criminelle a donc été amenée à préciser quelles suites devaient être réservées aux notes en délibéré.

Si la note est communiquée au tribunal, à sa demande, la chambre décide que les juges apprécient l'opportunité d'ordonner la reprise des débats et peuvent prendre en compte cette note si elle a été communiquée au préalable au conseil du prévenu et que celui-ci ait été en mesure d'y répondre (*Crim.*, 9 février 2005, pourvoi n° 03-87.710). Si les parties ou leurs avocats adressent à la juridiction des notes en délibéré, parfois accompagnées de nouveaux

documents, les juges ne sont en principe pas tenus d'y répondre (Crim., 2 avril 2003, pourvoi n° 02-83.834).

La chambre juge également qu'il ne saurait être fait grief à une cour d'appel de ne pas avoir tenu compte d'un document reçu en cours de délibéré, dès lors que les juges du fond apprécient souverainement s'il convient d'ordonner la reprise des débats à la suite d'un tel envoi (Crim., 14 mars 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 83, pourvoi n° 06-81.010; Crim., 2 mai 2007, pourvoi n° 06-84.829).

Dans le droit fil de cette jurisprudence, en réponse à l'argumentation d'un prévenu qui soutenait que le juge saisi d'une note en délibéré doit, à peine de nullité, faire mention expressément d'une note en délibéré dans la décision qu'il rend sauf à méconnaître les principes régissant le droit au procès équitable, la chambre criminelle énonce que, lorsque, comme en l'espèce, les juges ne fondent pas leur conviction sur ce document, aucune disposition légale ou conventionnelle n'impose qu'il soit fait mention dans leur arrêt de l'existence d'une telle note produite après l'audience.

9 – Compétence

Juridictions de l'application des peines – Cour d'appel – Chambre de l'application des peines – Appel des jugements du tribunal d'application des peines concernant la libération conditionnelle – Composition de la juridiction – Détermination – Portée

Crim., 18 mars 2009, Bull. crim. 2009, n° 59, pourvoi n° 08-85.870

Libération conditionnelle – Obligations fixées par le tribunal de l'application des peines – Modifications ou refus de modification – Compétence – Juge de l'application des peines – Détermination

Crim., 10 juin 2009, Bull. crim. 2009, n° 121, pourvoi n° 08-87.096

La juridictionnalisation du contentieux de l'application des peines, accomplie par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, a abouti à la mise en place d'une architecture complexe. L'année 2009 a donné l'occasion à la chambre criminelle de préciser quelques règles de compétence, étant rappelé qu'en matière pénale ces règles, qu'il s'agisse de compétence matérielle ou territoriale, sont d'ordre public.

C'est ainsi que l'arrêt d'une chambre de l'application des peines rejetant une demande de libération conditionnelle a été censuré, parce qu'il mentionnait que la juridiction était composée de trois magistrats, alors que l'article 712-13, alinéa 2, du code de procédure pénale prévoit que, lorsqu'elle statue sur l'appel des jugements du tribunal de l'application des peines concernant la libération conditionnelle, la chambre de l'application des peines de la cour d'appel est composée, outre le président et les deux conseillers assesseurs, d'un responsable d'une association de réinsertion des condamnés et d'un responsable d'une association d'aide aux victimes (Crim., 18 mars 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 59, pourvoi n° 08-85.870).

Par ailleurs, la chambre criminelle a déterminé la juridiction de l'application des peines compétente matériellement pour modifier les obligations auxquelles un condamné est soumis dans le cadre d'une mesure de libération conditionnelle.

Elle a énoncé, dans le second des arrêts commentés (pourvoi n° 08-87.096), qu'il résulte des articles 712-7, 712-8, 712-12 et 712-13 du code de procédure pénale que le juge de l'application des peines est compétent en première instance pour prendre les décisions modifiant ou refusant de modifier les obligations de la libération conditionnelle fixées par le tribunal de l'application des peines. L'appel de ces décisions doit être porté devant le président de la chambre de l'application des peines de la cour d'appel lorsque le juge de l'application des peines s'est prononcé par une ordonnance motivée, conformément à l'article 712-12 du code de procédure pénale, et devant la chambre de l'application des peines lorsque le juge de l'application des peines s'est prononcé par un jugement pris après débat contradictoire, conformément aux dispositions de l'article 712-6 du même code.

Pourtant, la solution ne s'imposait pas de toute évidence au regard des différents textes applicables, lesquels pâtissent d'un défaut de coordination.

En effet, l'article 712-8 du code de procédure pénale dispose que « les décisions modifiant ou refusant de modifier les mesures mentionnées aux premier et troisième alinéas de l'article 712-6 ou les obligations résultant de ces mesures ou des mesures ordonnées par le tribunal de l'application des peines en application de l'article 712-7 sont prises par ordonnance motivée du juge de l'application des peines, sauf si le procureur de la République demande qu'elles fassent l'objet d'un jugement pris après débat contradictoire ». Au vu de ces dispositions, la juridiction de l'application des peines compétente pour modifier les obligations d'une mesure de libération conditionnelle semble être le juge de l'application des peines, quelle que soit la juridiction ayant accordé la libération conditionnelle, juge de l'application des peines ou tribunal de l'application des peines.

Pourtant, le législateur, qui a transféré aux juridictions de l'application des peines les compétences de l'ancienne juridiction régionale de libération conditionnelle, a disposé en l'article 732, alinéa 4, du code de procédure pénale que, « pendant toute la durée de la liberté conditionnelle, les dispositions de la décision peuvent être modifiées, suivant les distinctions de l'article 730, soit après avis du service pénitentiaire d'insertion et de probation, par le juge de l'application des peines compétent pour mettre en œuvre cette décision, soit, sur proposition de ce magistrat, par le tribunal de l'application des peines ». Rappelons que l'article 730 distingue, pour l'octroi d'une mesure de libération conditionnelle, la compétence du juge de l'application des peines et celle du tribunal de l'application des peines, selon la durée de la peine prononcée et de la peine restant à subir.

Il résulte de ces dispositions rapprochées une certaine incohérence.

Pour la dissiper, la chambre criminelle s'est attachée à l'intention du législateur telle que résultant des travaux parlementaires, en faisant prévaloir l'article 712-8 du code de procédure pénale, soit la compétence du juge de l'application des peines.

Dans l'espèce commentée, c'est le tribunal de l'application des peines qui avait statué en première instance sur la modification des obligations d'une libération conditionnelle, et la

chambre de l'application des peines, en appel. La chambre criminelle censure en conséquence ces deux décisions, par une cassation prononcée sur un moyen relevé d'office et sans renvoi.

B – Droit pénal général

Urbanisme – Permis de construire – Construction non conforme – Permis de construire suspendu – Défaut d'arrêté prescrivant l'interruption des travaux – Construction sans permis (non)

Ass. plén., 13 février 2009, Bull. crim. 2009, Ass. plén., n° 1, pourvoi n° 01-85.826

Par cet arrêt, consécutif à la première constatation – à l'unanimité – par la Cour européenne des droits de l'homme de la violation par la France de l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux termes duquel : « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international » (CEDH, 10 octobre 2006, *Pessino c. France*, requête n° 40403/02), l'assemblée plénière a décidé que, par application du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale posé par l'article 111-4 du code pénal, la poursuite de travaux malgré une décision de la juridiction administrative ordonnant qu'il soit sursis à l'exécution du permis de construire n'est pas constitutive de l'infraction de construction sans permis prévue par l'article L. 480-4 du code de l'urbanisme.

En l'espèce, le permis de construire délivré à l'intéressé ayant été déféré devant la juridiction administrative, celle-ci a ordonné qu'il soit sursis à son exécution. L'intéressé, qui avait poursuivi les travaux postérieurement à la notification qui lui avait été faite de cette décision, a été condamné par le tribunal correctionnel sur le fondement de l'article 480-3 du code de l'urbanisme pour avoir exécuté ces travaux malgré le jugement ayant ordonné le sursis.

Saisie par le prévenu, la cour d'appel, retenant que le jugement du tribunal administratif n'avait été suivi d'aucun arrêté prescrivant l'interruption des travaux, a requalifié les faits et déclaré celui-ci coupable du délit de construction sans permis prévu par l'article L. 480-4 du code de l'urbanisme, dès lors que, le permis étant suspendu du fait de la décision de sursis à exécution dont il avait été avisé, il était tenu d'interrompre les travaux.

L'assemblée plénière a décidé qu'en statuant ainsi la cour d'appel avait violé les articles 111-4 du code pénal et L. 480-4 du code de l'urbanisme.

Il apparaît en effet qu'à l'époque où ils ont été commis aucun texte législatif ou réglementaire n'incriminait spécifiquement les faits reprochés au prévenu et que la jurisprudence assimilant à la construction sans permis celle réalisée avant son obtention, après son refus, en vertu d'un permis annulé, retiré, périmé ou obtenu par fraude, ne pouvait, sauf application extensive prohibée par l'article 111-4 du code pénal, être appliquée au cas d'espèce, le sursis à exécution, qui n'entraîne que la suspension du permis de construire, ne pouvant être assimilé à une absence de titre.

En conséquence, l'assemblée plénière a prononcé une cassation sans renvoi en vertu de l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire, les faits n'étant susceptibles d'aucune qualification pénale.

Voir également, dans la première partie (suggestions de modifications législatives ou réglementaires), la rubrique propositions de réforme en matière pénale (II), suggestions nouvelles (B), p. 26.

Peines – Peines complémentaires – Interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler directement ou indirectement toute entreprise ou personne morale – Loi du 4 août 2008 – Application – Cas

Crim., 6 mai 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 87, *pourvoi n° 08-85.201*

Lois et règlements – Application dans le temps – Loi pénale de fond – Loi plus douce – Application immédiate – Loi du 4 août 2008 abrogeant les articles L. 128-1 et suivants du code de commerce – Substitution d’une peine complémentaire à une interdiction légale

Crim., 16 décembre 2009, *pourvoi n° 09-80.545*, *en cours de publication*

La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l’économie, en son article 70 II 14°, a abrogé les articles L. 128-1 à L. 128-6 du code de commerce qui fixaient les incapacités d’exercer une profession commerciale ou industrielle en cas de condamnation antérieure pour certaines infractions et a substitué à ces dernières la peine complémentaire d’interdiction « d’exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d’administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d’autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale ». Cette peine, prévue notamment pour les infractions pour lesquelles était autrefois encourue une incapacité d’exercer une profession commerciale, dont notamment les délits de vol, abus de confiance, escroquerie, faux et usage, peut être soit définitive, soit temporaire, mais ne peut excéder dans ce dernier cas une durée de dix ans (article 131-27 2° du code pénal). La loi ouvre ainsi la possibilité au juge, lorsque le code pénal le prévoit, de prononcer une peine d’interdiction de gérer, alors même que les faits pour lesquels le prévenu a été déclaré coupable n’ont pas été commis en qualité de gérant ou de dirigeant ou à l’occasion de l’exercice de ces fonctions.

La chambre criminelle a été amenée à faire application de ces nouvelles dispositions dans les deux arrêts précités.

Dans le premier arrêt, un prévenu, déclaré coupable d’abus de biens sociaux, faux et usage de faux pour des faits commis alors qu’il était gérant de diverses sociétés, avait été condamné à une interdiction définitive « de gérer, d’administrer et de diriger toute entreprise commerciale, artisanale ou personne morale » en application des articles 131-27 et 131-28 du code pénal. Devant la Cour de cassation, le prévenu soutenait que, depuis la loi du 4 août 2008 précitée, postérieure à sa décision de condamnation, l’interdiction de gérer, prononcée en application des articles 131-27 et 131-28 du code pénal, devait être cantonnée à la gestion d’une entreprise commerciale ou industrielle ou d’une société commerciale et ne pouvait être étendue à la gestion d’une entreprise artisanale ou de toute personne morale. À l’appui de son argumentation, il exposait que les dispositions de la loi du 4 août 2008, plus douces en ce qu’elles limitaient le champ de l’interdiction, étaient applicables aux poursuites en cours. La chambre criminelle n’a pas accueilli un tel raisonnement, contraire à la lettre de

l'article 441-10 2° du code pénal qui distingue, d'une part, l'interdiction professionnelle ou sociale en lien avec l'infraction commise, dont la rédaction n'a pas été modifiée par la loi du 4 août 2008, d'autre part, l'interdiction de gérer proprement dite, issue de la loi précitée.

Dans le second arrêt, la chambre criminelle approuve une cour d'appel d'avoir renvoyé des fins de la poursuite un prévenu, poursuivi pour avoir, entre mai 2005 et mai 2006, géré et administré des sociétés commerciales alors qu'il avait fait l'objet d'une condamnation définitive à deux ans d'emprisonnement dont un an avec sursis en juin 2000, du chef de complicité d'obtention frauduleuse de document administratif, condamnation à laquelle était attachée la peine accessoire d'interdiction de gérer en application de l'article L. 128-1 du code de commerce. L'article L. 128-5 du code de commerce, qui prévoyait et réprimait la violation de l'interdiction de gérer, a en effet été abrogé par la loi du 4 août 2008 ; seule est désormais incriminée et sanctionnée, par l'article 434-40 du code pénal, la violation, lorsqu'elle a été prononcée à titre de peine, de l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale prévue aux articles 131-27 à 131-29 dudit code.

Juridictions de l'application des peines – Mesure de sûreté – Surveillance judiciaire de personnes dangereuses – Placement – Conditions – Crime ou délit pour lequel le suivi sociojudiciaire est encouru – Domaine d'application

Crim., 21 janvier 2009, Bull. crim. 2009, n° 23, pourvoi n° 08-83.372

Par cet arrêt, la chambre criminelle s'est prononcée sur une question d'application dans le temps de la loi n° 2005-1249 du 12 décembre 2005, laquelle a instauré la mesure de surveillance judiciaire afin de permettre de surveiller après leur libération les condamnés présentant un risque élevé de récidive, en les soumettant à diverses obligations pendant une durée ne pouvant excéder celle correspondant au crédit de réduction de peine ou aux réductions de peine supplémentaires dont ils ont bénéficié.

L'article 723-29 du code de procédure pénale détermine les conditions qui doivent être réunies pour qu'une telle mesure soit prononcée. Notamment, la personne doit avoir été « condamnée à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à dix ans pour un crime ou un délit pour lequel le suivi sociojudiciaire est encouru ».

Dans l'espèce commentée, le pourvoi formé par le procureur général invitait la chambre criminelle à interpréter cette condition tenant à l'existence d'une condamnation du chef d'un « crime ou délit pour lequel le suivi sociojudiciaire est encouru » : la mesure de surveillance judiciaire peut-elle être prononcée à l'encontre d'une personne condamnée pour des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 1998 qui a institué le suivi sociojudiciaire ? En d'autres termes, la condition tenant à ce que la personne ait été condamnée pour un « crime ou délit pour lequel le suivi sociojudiciaire est encouru » doit-elle s'apprécier à la date à laquelle les faits ont été commis ou à la date à laquelle le placement sous surveillance judiciaire est décidé ?

L'arrêt attaqué avait répondu que, l'intéressé ayant été condamné pour des faits commis à une date à laquelle la peine de suivi sociojudiciaire n'était pas encourue, il ne pouvait pas faire l'objet d'un placement sous surveillance judiciaire.

La chambre criminelle censure cette analyse en énonçant qu'une mesure de surveillance judiciaire peut être ordonnée alors même que le crime ou le délit aurait été commis avant l'entrée en vigueur des dispositions ayant instauré le suivi sociojudiciaire.

Il convient de rappeler que l'article 42 de la loi du 12 décembre 2005 a prévu l'application immédiate des dispositions relatives à la surveillance judiciaire aux personnes condamnées pour des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi, et a même prévu, dans son alinéa 4, des dispositions spécifiques pour les personnes condamnées avant le 1^{er} mars 1994. Le législateur a ainsi manifestement entendu que la condition tenant à ce que la personne ait été condamnée pour un « crime ou délit pour lequel le suivi sociojudiciaire est encouru » s'apprécie à la date à laquelle le placement sous surveillance judiciaire est décidé.

Saisi de la constitutionnalité de cette disposition, le Conseil constitutionnel l'a déclarée conforme à la Constitution par une décision n° 2005-527 du 8 décembre 2005. Rappelant que le principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère ne s'applique qu'aux peines et aux sanctions ayant le caractère d'une punition, il a considéré que la surveillance judiciaire ne constitue ni une peine ni une sanction, mais une modalité d'exécution de la peine prononcée par la juridiction de jugement.

C – Droit pénal spécial

1 – Circulation routière

Circulation routière – Titulaire du certificat d'immatriculation redevable pécuniairement – Titulaire personne morale – Représentant légal – Exonération – Conditions – Détermination

Crim., 13 janvier 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 10, pourvoi n° 08-85.931

Crim., 10 février 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 32, pourvoi n° 08-86.777

Crim., 18 février 2009, pourvois n° 08-83.055 et 08-83.056 (deux arrêts)

Circulation routière – Titulaire du certificat d'immatriculation redevable pécuniairement – Titulaire personne morale – Représentant légal seul redevable

Crim., 30 septembre 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 163, pourvoi n° 09-80.178

Crim., 28 octobre 2009, pourvoi n° 09-83.229

La chambre criminelle a eu l'occasion en 2009 de préciser les conditions d'application des articles L. 121-2 et L. 121-3 du code de la route.

Par un arrêt du 30 septembre 2009 (pourvoi n° 09-80.178), elle a ainsi souligné qu'il résulte des articles L. 121-2 et L. 121-3 du code de la route que, lorsque le certificat d'immatriculation d'un véhicule verbalisé pour excès de vitesse est établi au nom d'une personne morale, seul le représentant légal de celle-ci peut être déclaré redevable pécuniairement de l'amende encourue et non la personne morale elle-même. Une société ne peut pas valablement être poursuivie ou condamnée comme redevable pécuniairement pour un excès de vitesse commis avec l'un des véhicules de la société. Seul le représentant légal de la société peut l'être.

Cela étant, encore faut-il qu'il résulte des constatations de la décision attaquée que la personne condamnée en qualité de personne redevable pécuniairement ait eu la qualité de représentant légal de la société. Par un arrêt du 28 octobre 2009, la chambre criminelle a censuré le jugement d'une juridiction de proximité qui avait déclaré redevable pécuniairement une personne, sans qu'il résulte de ses constatations que cette personne ait eu la qualité de représentant légal de la société titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule (pourvoi n° 09-83.229).

De nombreux arrêts rendus en 2009 sont venus préciser les causes d'exonération pouvant valablement être invoquées par le représentant légal d'une personne morale, poursuivi en qualité de redevable pécuniairement de l'amende encourue. Pour la chambre criminelle, il résulte de la combinaison des articles L. 121-3 et L. 121-2 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 (cf. notamment Crim., 26 novembre 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 240, pourvoi n° 08-83.003 et les arrêts commentés, pourvois n° 08-85.931, n° 08-86.777, n° 08-83.055 et n° 08-83.056). La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 a depuis consacré cette jurisprudence en modifiant la rédaction de l'article L. 121-3 du code de la route.

Méconnaît ainsi les dispositions combinées des articles L. 121-2 et L. 121-3 du code de la route le jugement qui, pour dire que le représentant légal d'une personne morale, poursuivi sur le fondement de l'article R. 413-14 I dudit code, n'est pas redevable pécuniairement de l'amende encourue, retient que l'état de santé invoqué par le prévenu ne lui permettait pas de conduire le véhicule en infraction alors que cette circonstance ne constituait pas un événement de force majeure au sens de l'article L. 121-2 du code de la route et que le prévenu n'avait pas fourni de renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction (pourvoi n° 08-86.777).

2 – Exercice illégal de la pharmacie

Professions médicales et paramédicales – Pharmacie – Spécialités pharmaceutiques – Médicament – Médicament par présentation ou par fonction – Médicament par fonction – Propriétés pharmacologiques – Recherche nécessaire

Crim., 5 mai 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 84, pourvoi n° 07-88.599

Par cet arrêt, et par trois autres prononcés le même jour (Crim., 5 mai 2009, pourvois n° 07-88.598, 07-87.519 et 08-84.480), la chambre criminelle a entendu fixer la marche à suivre par les juges correctionnels qui, saisis de poursuites du chef d'exercice illégal de la pharmacie, sont appelés à distinguer les médicaments par fonction des « produits frontières », tels que les compléments alimentaires.

Les premiers sont définis par l'article L. 5111-1 du code de la santé publique modifié par la loi n° 2007-248 du 26 février 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit

communautaire dans le domaine du médicament, et les seconds le sont par le décret n° 2006-352 du 20 mars 2006 relatif aux compléments alimentaires, transposant la Directive 2002/46/CE du Parlement et du Conseil, du 10 juin 2002, étant précisé que, lorsqu'un produit relève à la fois de la définition du médicament et de celle des compléments alimentaires, les dispositions du droit communautaire spécifiques aux médicaments doivent s'appliquer (Directive 2001/83/CE, article 6 § 2; CJCE, 9 juin 2005, affaire n° C-211/03).

Dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, 15 novembre 2007, affaire n° C-319/05, point 61 et CJCE, 5 mars 2009, affaire n° C-88/07), et comme l'avait jugé avant elle la chambre commerciale (Com., 27 janvier 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 10, pourvois n° 08-10.892, 08-10.482, 08-10.976 et 08-11.068), la chambre criminelle décide que le juge correctionnel doit « procéder au cas par cas, en tenant compte de l'ensemble des caractéristiques de chaque produit, dont notamment sa composition, ses propriétés pharmacologiques, immunologiques ou métaboliques, établies en l'état actuel de la connaissance scientifique, ses modalités d'emploi, l'ampleur de sa diffusion, la connaissance qu'en ont les consommateurs et les risques que peut entraîner son utilisation sur la santé ».

3 – Nouvelles technologies

Informatique – Données – Traitement de données à caractère personnel concernant des infractions – Définition – Exclusion – Cas

Crim., 13 janvier 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 13, pourvoi n° 08-84.088

Crim., 16 juin 2009, pourvoi n° 08-88.560

Selon l'article 25 I 3° de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, ne peuvent être mis en œuvre, sans l'autorisation de la CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés), les traitements, automatisés ou non, portant sur des données à caractère personnel relatives aux infractions, « sauf ceux qui sont mis en œuvre par des auxiliaires de justice pour les besoins de leur mission de défense des personnes concernées ».

Le traitement est défini à l'article 2, alinéa 3, de ladite loi comme « toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction ».

En l'espèce, des agents assermentés, appartenant à la SACEM (Société des auteurs, compositeur et éditeurs de musique), ont constaté, après avoir ouvert une session sur un logiciel pair à pair et s'être connectés à un réseau, que des internautes mettaient à la disposition d'autres internautes des œuvres musicales et audiovisuelles sans l'autorisation des titulaires des droits.

À l'aide d'un logiciel, ils ont extrait l'adresse IP (Internet Protocol) de ces internautes puis ils ont identifié leur fournisseur d'accès à internet.

Sur la base de leurs procès-verbaux, la SACEM a porté plainte auprès du procureur de la République qui a adressé une réquisition aux fournisseurs d'accès afin d'identifier les abonnés utilisant l'adresse IP.

Ceux-ci ont été poursuivis devant le tribunal correctionnel du chef, notamment, de contrefaçon.

Pour prononcer l'annulation de ces procès-verbaux, dans une première décision, et l'approuver, dans une seconde, une cour d'appel a estimé que les agents avaient mis en œuvre un traitement de données au sens de l'article 2 de la loi du 6 janvier 1978 et que, dès lors qu'ils n'étaient pas des auxiliaires de justice, ils auraient dû obtenir l'autorisation de la CNIL.

Par ces deux arrêts, la chambre a jugé, au contraire, que les constatations visuelles faites sur internet et les renseignements recueillis en exécution de l'article L. 331-2 du code de la propriété intellectuelle par des agents assermentés qui, sans recourir à un traitement préalable de surveillance automatisé, utilisent un appareillage informatique et un logiciel de pair à pair pour constater que des œuvres protégées sont irrégulièrement proposées sur la toile par des internautes dont ils se contentent de relever d'adresse IP permettant de localiser leur fournisseur d'accès en vue de la découverte ultérieure de l'auteur de contrefaçons, rentrent dans les pouvoirs conférés à ces agents par la disposition précitée, et ne constituent pas un traitement de données à caractère personnel relatives à ces infractions, au sens des articles 2, 9 et 25 de la loi du 6 janvier 1978.

4 – Contrefaçon

Contrefaçon – Propriété littéraire et artistique – Œuvres de l'esprit – Œuvres protégées – Conditions – Caractère original

Crim., 16 juin 2009, Bull. crim. 2009, n° 123, pourvoi n° 08-87.193

La question de la protection pouvant être accordée, en raison de sa qualité d'œuvre de l'esprit originale, à une requête déposée par un avocat en vue de saisir une juridiction administrative d'un contentieux en matière d'urbanisme, a été abordée à l'occasion de cet arrêt.

Un avocat, qui reprochait à l'un de ses confrères d'avoir en tous points recopié une requête préalablement déposée par lui pour ses clients devant le tribunal administratif, dans un contentieux lié à l'annulation d'un permis de construire concernant d'autres personnes, avait porté plainte du chef de contrefaçon en se constituant partie civile devant le doyen des juges d'instruction.

Le tribunal correctionnel a relaxé le prévenu, et la cour d'appel a confirmé cette décision, estimant que la requête litigieuse répondait au formalisme imposé par l'article R. 411-1 du code de la justice administrative, qu'elle indiquait la nature de l'acte administratif attaqué et le lieu de situation de l'immeuble dont l'autorisation d'urbanisme est contestée, qu'elle rappelait les dispositions du plan d'occupation des sols et celles du code de l'urbanisme applicables, qu'elle visait les textes de loi en vigueur et qu'elle reproduisait des extraits d'ouvrages juridiques. Les juges d'appel ont ainsi conclu que, si le document analysait les faits de l'espèce au regard des dispositions appropriées, l'ensemble qu'il constituait ne présentait

pas, dans la forme comme dans le fond, de caractère d'originalité de nature à révéler la personnalité de son auteur.

La chambre criminelle approuve ce raisonnement, par l'affirmation qu'en l'état de ces énonciations, exemptes d'insuffisance et relevant de son pouvoir souverain d'apprécier le caractère d'originalité d'une œuvre de l'esprit, la cour d'appel a justifié sa décision.

5 – Loterie

Jeux de hasard – Loteries – Loteries prohibées – Loi du 21 mai 1836 et décret n° 78-1067 du 9 novembre 1978 – Communauté européenne – Libre prestation des services – Compatibilité
Crim., 3 juin 2009, Bull. crim. 2009, n° 110, pourvoi n° 08-82.941

La chambre criminelle a examiné la question de la conformité aux règles de la Communauté européenne de la législation française prohibant les loteries, spécialement en ce qui concerne le principe de libre prestation des services. Elle a ainsi réaffirmé la compatibilité avec le droit européen du droit national qui prohibe l'organisation d'une loterie dont le monopole est réservé à une société contrôlée par l'État.

Il convient de rappeler que la loi du 21 mai 1836 interdit les « loteries de toute espèce », définies comme étant « toutes opérations offertes au public, sous quelque dénomination que ce soit, pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort ». La violation de cette prohibition constitue un délit puni par une loi n° 83-628 du 12 juillet 1983. En outre, le monopole de l'organisation et de l'exploitation de la loterie a été confié, par un décret n° 78-1067 du 9 novembre 1978, à une société d'économie mixte, la Française des jeux, dans laquelle l'État possède une participation majoritaire.

En l'espèce, un gérant de société avait diffusé une brochure contenant un jeu dénommé « Perpétuité » consistant à gratter un ticket dans le but de gagner une certaine somme d'argent et de participer éventuellement à un tirage au sort qui permettait d'obtenir le versement d'une rente mensuelle viagère.

Sur la plainte avec constitution de partie civile de la société bénéficiant du monopole, le gérant à l'origine du jeu a été renvoyé devant le tribunal correctionnel du chef, notamment, de loterie prohibée sur le fondement des articles 1 à 4 de la loi du 21 mai 1836, 2 de la loi du 12 juillet 1983, L. 121-36 et L. 121-41 du code de la consommation.

Le tribunal correctionnel a relaxé le prévenu, mais la cour d'appel a infirmé le jugement tout en écartant la demande du prévenu tendant à la saisine de la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle relative à la conformité de la réglementation française avec les articles 43 et 49 du Traité CE, et elle a déclaré celui-ci coupable.

Saisie du pourvoi de l'intéressé, la chambre criminelle a approuvé la décision des juges d'appel consistant à affirmer la conformité de la réglementation française, retenant que les dispositions combinées de la loi du 21 mai 1836 et du décret du 9 novembre 1978, dans sa version applicable à l'époque des faits, qui réservent l'organisation et l'exploitation des

loteries à une société contrôlée par l'État, sont commandées par une raison impérieuse d'intérêt général tenant à la protection de l'ordre public par la limitation des jeux et leur contrôle.

6 – Droit pénal économique et financier

Abus de confiance – Mandat – Mandataire – Fonds reçus en vertu d'une procuration – Ristournes – Détournement

Crim., 2 décembre 2009, pourvoi n° 08-86.381, en cours de publication

La chambre criminelle juge de façon constante, tant sous l'empire de l'article 408 ancien du code pénal que de l'article 314-1 dudit code, que l'abus de confiance ne peut porter que sur des fonds, valeurs ou biens remis à titre précaire (cf. pour des illustrations récentes : *Crim.*, 5 septembre 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 194, pourvoi n° 07-80.529; *Crim.*, 14 février 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 48, pourvoi n° 06-82.283; *Crim.*, 26 janvier 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 29, pourvoi n° 04-81.497). Il appartient dès lors aux juridictions de rechercher à quel titre les fonds détournés ont pu être remis au prévenu, la qualification d'abus de confiance ne pouvant être retenue en cas d'une remise en pleine propriété ou à titre de rémunération.

La décision commentée illustre la nécessité pour les juges du fond de procéder à cette recherche.

Une association, dont l'objet est la défense de l'épargne à vocation sociale ainsi que le conseil et l'information des assurés, avait conclu avec une société d'assurance un contrat de groupe aux termes duquel l'épargnant adhérait à l'association en réglant un droit d'entrée et lui versait le montant de la prime, à charge pour celle-ci de la remettre intégralement à la société d'assurance, laquelle prélevait au titre des frais de chargement 4,525 % sur le montant de chaque prime et, au titre des frais annuels de gestion, 0,475 % de l'épargne totale gérée. Il apparaissait que, sous divers habillages juridiques, le président et un administrateur trésorier de cette association s'étaient fait remettre par la société d'assurances des fonds, dont cette dernière était propriétaire, en contrepartie de l'assurance de relations commerciales stables et durables. À partir de décembre 1986, notamment, chaque versement de prime par un adhérent de l'association donnait lieu, en application d'un accord secret conclu avec la société d'assurance, à la rétrocession au président et à l'administrateur de l'association d'un pourcentage des frais d'entrée payés par l'adhérent et prélevés par l'assureur, en contrepartie de la pérennisation du contrat d'assurance. Les mandataires précités de l'association étaient poursuivis du chef d'abus de confiance pour avoir détourné, au préjudice de l'association et de ses membres, près de 590 millions de francs qui leur avaient été remis à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé, « en ne répercutant pas à ces derniers les sommes reversées par la compagnie d'assurance à titre de ristournes sur commissions d'apport et de gestion ».

En première analyse, la qualification d'abus de confiance pouvait sembler contestable dès lors que l'utilisation de leurs bénéfices par les assureurs était étrangère tant au contrat d'association liant l'association à ses membres qu'au contrat d'assurance collective souscrit par cette dernière, auquel ils ont adhéré. En outre, les sommes reversées aux prévenus l'étaient sur des fonds dont la compagnie d'assurance avait la propriété et donc la libre gestion, sans

que les adhérents de l'association puissent faire valoir sur elles quelque droit que ce soit. Les prévenus déduisaient de ces éléments que les sommes qui leur avaient été ainsi remises l'étaient en pleine propriété, ce qui excluait la qualification d'abus de confiance.

La Cour de cassation ne s'est pas arrêtée à cette argumentation, qui négligeait l'objectif poursuivi par la compagnie d'assurance, à savoir la pérennisation de ses relations avec l'association. Elle approuve la cour d'appel d'être entrée en voie de condamnation à l'encontre des prévenus après avoir relevé que ces derniers avaient pour mandat d'obtenir, grâce à une meilleure force de négociation, plus de concession de la part de l'assureur en matière de tarifs, de résultats financiers et de conditions de garantie et que les différentes sommes versées aux prévenus s'analysaient en réalité comme des ristournes déguisées qui auraient dû profiter aux membres de l'association, notamment sous la forme d'une diminution du montant des droits d'entrée, proportionnel au différentiel, qui était prélevé sur ces droits.

Cette solution s'imposait dès lors, ainsi que l'énonce la chambre criminelle, que tout mandataire est tenu, selon l'article 1993 du code civil, de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration. Or, en l'espèce, il n'était guère contestable que les avantages consentis aux dirigeants de l'association étaient la contrepartie d'un engagement que seule cette association était en mesure de prendre au travers de ses dirigeants, de sorte qu'elle seule devait bénéficier desdits avantages. Il était dès lors vain pour les prévenus de soutenir que les sommes qu'ils avaient perçues n'avaient pu leur être versées qu'à l'occasion de leur mandat et non en vertu de celui-ci.

Cette décision s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence de la chambre criminelle selon laquelle commet un abus de confiance le mandataire salarié qui détourne des ristournes consenties par des fournisseurs à l'intention du mandant pour conserver sa clientèle (Crim., 16 janvier 1984, *Bull. crim.* 1984, n° 18, pourvoi n° 83-91.007). Dans cette dernière espèce, le gérant salarié d'un hôtel avait, entre autres, conservé à son profit diverses ristournes en numéraire ne figurant pas sur les factures établies à l'ordre de son employeur. On relèvera également l'arrêt de la chambre criminelle du 12 novembre 1985 (*Bull. crim.* 1985, n° 349, pourvoi n° 84-90.548) qui approuve une cour d'appel d'avoir retenu la qualification d'abus de confiance à l'encontre d'un syndic de copropriété qui n'avait pas fait raison des primes et ristournes consenties par les sociétés choisies comme prestataires de service.

D – Intérêts civils

Accident de la circulation – Indemnisation – Tiers payeur – Recours – Rente servie en application de l'article L. 434-2 du code de la sécurité sociale – Imputation – Poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent – Modalités – Détermination

Crim., 19 mai 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 97, pourvoi n° 08-82.666

L'application de l'article 25 de la loi du 21 décembre 2006, qui prévoit que le recours subrogatoire du tiers payeur doit s'exercer poste par poste sur les seules indemnités qui réparent les préjudices qu'il a pris en charge, à l'exclusion des préjudices à caractère personnel, et l'adoption concomitante, par les juges du fond, de la nouvelle nomenclature des préjudices

corporels proposée en juillet 2005 par le groupe de travail dirigé par M. Dintilhac, n'ont pas manqué de susciter des interrogations.

L'une d'elles consiste à savoir sur quels postes de préjudice doivent s'imputer les prestations qui ont un caractère mixte dès lors que celles-ci réparent, en premier lieu, la perte de revenus résultant de la réduction de la capacité de travail, qui relève des pertes de gains professionnels futurs et de l'incidence professionnelle, lesquels constituent des préjudices patrimoniaux soumis au recours de l'organisme social, et, en second lieu, le cas échéant, l'atteinte objective à l'intégrité physique, qui relève du déficit fonctionnel permanent, lequel est un préjudice extrapatrimonial, et hors recours.

Il en est ainsi, notamment, de la rente accident du travail versée en application de l'article L. 434-2 du code de la sécurité sociale.

La chambre criminelle décide, par le présent arrêt, que, « dans la mesure où son montant excède celui des pertes de revenus et l'incidence professionnelle, la rente servie en application de l'article L. 434-2 du code de la sécurité sociale répare nécessairement, en tout ou partie, l'atteinte objective à l'intégrité physique de la victime que représente le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent ».

Il appartient donc au juge, après avoir apprécié le préjudice résultant de l'atteinte à l'intégrité physique de la victime d'un accident en tous ses éléments, qu'ils aient ou non été pris en charge par l'organisme de sécurité sociale, d'imputer la créance de la caisse sur les postes du préjudice patrimonial puis, le cas échéant, pour l'excédent, sur le poste indiqué du préjudice extrapatrimonial.

Cela vaut également pour les autres prestations à caractère mixte que sont notamment l'allocation temporaire d'invalidité et la rente invalidité servies par l'État, qui ont fait l'objet des arrêts rendus, le même jour, par la chambre criminelle (Crim., 19 mai 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 95, pourvoi n° 08-86.050 et n° 96, pourvoi n° 08-86.485).

VIII – APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE, EUROPÉEN ET INTERNATIONAL

A – Droit communautaire

Communauté européenne – Spécialités pharmaceutiques – Médicament – Vitamine C – Médicament par présentation ou par fonction – Médicament par fonction – Recherche nécessaire

Com., 27 janvier 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 10, pourvois n° 08-10.892, 08-10.482, 08-10.976 et 08-11.068

Le principal enseignement de cet arrêt est de tirer les conséquences de la jurisprudence communautaire en précisant les divers critères d'appréciation à prendre en considération pour qualifier un produit de médicament par fonction.

En l'espèce, étaient en cause des produits à base de vitamine C 500 et C 180. Estimant que ces produits constituaient des médicaments et relevaient à ce titre, pour leur distribution, du monopole réservé par la loi aux pharmaciens, la chambre syndicale des pharmaciens de Maine-et-Loire a assigné, à la fin de l'année 1996 et au début de l'année suivante, une série de sociétés de la grande distribution, qui commercialisaient ces produits dans la région, afin qu'il leur soit fait interdiction de les vendre. S'est ensuivi un long débat sur la qualification des produits litigieux. Ce débat, qui s'est focalisé sur la notion de médicament par fonction, a donné lieu à une première cassation, pour défaut de base légale, par un arrêt de la chambre commerciale du 26 novembre 2003 (*Bull.* 2003, IV, n° 177, pourvoi n° 01-18.056). Bien que statuant en sens inverse à celui retenu par l'arrêt censuré, en qualifiant les produits litigieux de médicaments par fonction (l'arrêt censuré avait écarté cette qualification), l'arrêt adopté sur renvoi après cassation est lui aussi censuré sur ce point.

La difficulté de cet exercice de qualification vient du fait que la notion de médicament par fonction est entendue strictement, et même de plus en plus strictement, par la jurisprudence communautaire.

Cette notion est issue de la Directive 65/65/CEE du Conseil, du 26 avril 1965, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives, relatives aux spécialités pharmaceutiques. Cette Directive, qui était applicable à l'époque des faits litigieux, comprend deux définitions de la notion de médicament :

- celle du médicament par présentation (il s'agit de « toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales »);
- celle du médicament par fonction (il s'agit de « toute substance ou composition pouvant être administrée à l'homme ou à l'animal en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier des fonctions organiques chez l'homme ou l'animal »).

Ces deux définitions du médicament (qui ont été reprises en substance par la Directive 2001/83/CE du Parlement et du Conseil, du 6 novembre 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain) ont été transposées en droit interne, de

manière purement littérale, à l'article L. 511 du code de la santé publique, devenu l'article L. 5111-1 du même code.

La portée de ces deux définitions du médicament a été précisée par la Cour de justice au fil de sa jurisprudence.

Alors que celle-ci a donné à la notion de médicament par présentation une large portée, et ce dans le souci de protéger les consommateurs contre le charlatanisme, elle a, en revanche, interprété strictement celle du médicament par fonction, et ce pour deux raisons :

- d'une part, afin de concilier les deux objectifs poursuivis tant par la Directive 65/65/CEE que par celle 2001/83/CE (l'objectif de la libre circulation des marchandises et celui de la protection de la santé publique, le premier objectif s'opposant à une interprétation trop large, au nom du second objectif, de la notion de médicament par fonction) ;
- et, d'autre part, afin de préserver l'effet utile de la Directive 2002/46/CE du Parlement et du Conseil, du 10 juin 2002, relative au rapprochement des législations des États membres concernant les compléments alimentaires, laquelle comprend une définition de la notion de complément alimentaire, à laquelle est associée une réglementation spécifique destinée, elle aussi, à concilier les objectifs de libre circulation des marchandises et de protection de la santé publique.

Cette interprétation restrictive de la notion de médicament par fonction se traduit de deux manières :

- tout d'abord, cette qualification est subordonnée à la prise en compte d'une série de critères, qui se sont dégagés au fil de la jurisprudence communautaire ;
- ensuite, chacun de ces critères est entendu strictement.

Sur le premier point, la Cour de justice a précisé que, pour décider si un produit constitue un médicament par fonction, il convient de procéder à un examen global et au cas par cas, en tenant compte de l'ensemble des caractéristiques du produit, dont, notamment :

- sa composition ;
- ses propriétés pharmacologiques, telles qu'elles peuvent être établies en l'état actuel de la connaissance scientifique, ce qui découle généralement de la composition du produit ;
- ses modalités d'emploi ;
- l'ampleur de sa diffusion ;
- la connaissance qu'en ont les consommateurs ;
- les risques que peut entraîner son utilisation pour la santé (ce critère est autonome par rapport à celui des propriétés pharmacologiques).

En l'espèce, l'arrêt attaqué, pour qualifier les produits litigieux de médicaments par fonction, s'était déterminé au vu de leurs seules propriétés pharmacologiques, sans tenir compte des autres caractéristiques de ceux-ci et en écartant même expressément la nécessité d'en tenir compte. Dès lors, cet arrêt encourt la censure pour défaut de base légale, et ce au double visa de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la Directive 65/65/CEE et de l'article L. 511 du code de la santé publique (devenu l'article L. 5111-1 du même code), lequel doit être interprété conformément à ce texte de la Directive, tel que, lui-même, strictement interprété par la Cour de justice.

Cette censure, en tirant les conséquences de la jurisprudence communautaire, permet de dissiper d'éventuels malentendus sur les exigences évolutives, complexes et nuancées, de la Cour de justice pour retenir la qualification de médicament.

En effet, pour écarter expressément la nécessité de prendre en compte les autres caractéristiques des produits litigieux (autres que celles tenant à leurs propriétés pharmacologiques), l'arrêt attaqué s'est fondé sur un ancien arrêt de la Cour de justice, le premier d'une longue série sur la notion de médicament (arrêt du 30 novembre 1983, Van Bennekom, affaire n° 227/82).

Dans cet arrêt (point 22), la Cour de justice avait indiqué qu'une substance qui possède des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, au sens de l'article 1 § 2 de la Directive 65/65, mais qui n'est pas présentée comme telle, tombe, en principe, dans le champ d'application de la définition du médicament par fonction.

La cour d'appel, dans l'arrêt attaqué, en a déduit qu'un produit qui présente une des caractéristiques du médicament par présentation (du fait qu'il possède des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales), mais qui ne peut être qualifié ainsi (dès lors qu'il n'est pas présenté comme tel), constitue nécessairement un médicament par fonction, de sorte qu'il est inutile d'examiner si ce produit présente toutes les caractéristiques de celui-ci.

Cette analyse ne peut être approuvée, et ce pour deux raisons. Tout d'abord, si l'on s'en tient à ce seul arrêt Van Bennekom, il est difficile d'y voir l'énoncé d'une règle absolue qui ferait, automatiquement ou systématiquement, tomber un produit présentant l'une des caractéristiques du médicament par présentation sous la qualification du médicament par fonction. Ensuite et surtout, si l'on met cet arrêt en perspective avec l'ensemble de la jurisprudence communautaire qui lui a succédé en la matière, force est de constater que celle-ci s'oppose à l'interprétation que la cour d'appel en a donné puisque, par cette jurisprudence, la Cour de justice exige un examen global de toutes les caractéristiques du produit concerné, qui ne se limite donc pas à ses seules propriétés pharmacologiques.

La Cour de cassation n'a pas dit le contraire dans l'arrêt du 26 novembre 2003, précité.

Dans le prolongement d'un précédent arrêt (Com., 20 février 2000, *Bull.* 2000, IV, n° 34, pourvois n° 97-21.611, 97-22.105, 97-22.317 et 98-10.398), elle s'est limitée, dans cet arrêt, à censurer l'analyse consistant à écarter toute qualification de médicament en se fondant uniquement sur des motifs ayant trait à la qualification de médicament par fonction, sans rechercher, et c'est sur ce point qu'intervient la cassation, si les produits litigieux, à défaut de constituer des médicaments par fonction, n'étaient pas susceptibles de tomber sous l'autre qualification de médicament, celle du médicament par présentation, laquelle ne suppose pas l'examen du produit au regard de la série de critères posés par la Cour de justice pour caractériser l'existence d'un médicament par fonction.

B – Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Convention européenne des droits de l'homme – Article 6 § 1 – Tribunal – Impartialité – Défait – Caractérisation – Cas – Présence dans la composition de la cour d'appel d'un magistrat ayant rendu l'ordonnance déférée
2^e Civ., 10 septembre 2009, Bull. 2009, II, n° 209, pourvoi n° 08-14.004

Un tribunal de commerce autorise la mise en vente aux enchères publiques d'une habitation. Le propriétaire fait opposition à cette ordonnance devant la cour d'appel. Le conseiller chargé de la mise en état déclare cette demande irrecevable. La cour d'appel devant laquelle la décision est déférée, et dont la composition collégiale comprend le conseiller qui a déjà statué sur la recevabilité, confirme la décision.

Le plaideur n'a pas invoqué de moyen tiré de l'impartialité dans ses premières conclusions. La cour d'appel en déduit qu'il a renoncé sans équivoque à se prévaloir du principe d'impartialité tiré de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Mais pouvait-elle le faire sans violer ce principe ?

Certes, il avait été jugé que, les débats ayant eu lieu devant une formation collégiale dont la composition, conforme à l'ordonnance du premier président fixant la répartition des juges dans les différents services, était nécessairement connue à l'avance de la partie représentée par son avoué, celle-ci n'est pas recevable à invoquer devant la Cour de cassation la violation de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'elle n'a pas fait usage de la possibilité d'en obtenir le respect en récusant par application de l'article 341 5° du nouveau code de procédure civile le magistrat qui figurait déjà dans la composition de la cour d'appel ayant statué en référé et qu'en s'abstenant de le faire avant la clôture des débats elle a ainsi renoncé sans équivoque à s'en prévaloir (Ass. plén., 24 novembre 2000, *Bull.* 2000, Ass. plén., n° 10, pourvoi n° 99-12.412). Mais dans cette espèce, comme le rappelait l'avocat général, « le moyen avait pour seul et unique but de faire censurer l'arrêt attaqué pour la façon dont il a été prononcé et non pas en raison de la décision exprimée par les juges du fond dans le dispositif de leur décision ».

Car, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, le juge qui s'est prononcé dans une première procédure ne peut ensuite statuer sur le fond du litige sans manquer objectivement au principe d'impartialité (Com., 9 octobre 2001, *Bull.* 2001, IV, n° 160, pourvois n° 98-22.015, 98-22.016, 98-22.017 et 98-21.987; Crim., 24 novembre 1999, *Bull. crim.* 1999, n° 275, pourvoi n° 98-85.327; 1^{re} Civ., 30 mai 2000, *Bull.* 2000, I, n° 162, pourvoi n° 98-13.981; 1^{re} Civ., 29 septembre 2004, *Bull.* 2004, I, n° 217, pourvoi n° 02-16.436).

De même, selon la Cour européenne des droits de l'homme, la juridiction doit offrir des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime sur son impartialité (CEDH, 1^{er} octobre 1982, *Piersack c. Belgique*, requête n° 8692/79; CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c. Danemark*, requête n° 10486/83; CEDH, 26 octobre 1984, *Cubber c. Belgique*, requête n° 9186/80).

Dans un arrêt récent (CEDH, 11 juin 2009, *Dubus c. France*, requête n° 5242/04, point 53), la Cour de Strasbourg rappelle que « l'impartialité personnelle d'un magistrat se présume

jusqu'à la preuve du contraire [...]. Reste donc l'appréciation objective qui consiste à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables ».

L'application du principe d'impartialité par la décision frappée de pourvoi ne résistait pas à cette jurisprudence. Par ailleurs, l'article 430, alinéa 2, du code de procédure civile dispose que les règles de recevabilité des contestations relatives à la composition de la formation de jugement sont applicables à compter du moment où les débats sont ouverts, c'est-à-dire du moment où les parties se trouvent face à leur juge.

La décision précitée de l'assemblée plénière prévenait l'usage excessif et déloyal du pourvoi. L'arrêt du 9 septembre 2009 dessine concrètement l'équilibre nécessaire entre l'obligation de loyauté procédurale et le respect du principe fondamental d'impartialité, condition du procès équitable.

C – Conflits de juridictions

Communauté européenne – Règlement (CE) n° 2201/2003, du 27 novembre 2003 – Compétence judiciaire en matière matrimoniale – Compétences résiduelles – Cas – Privilège instauré par l'article 14 du code civil – Portée
1^{re} Civ., 30 septembre 2009, Bull. 2009, I, n° 189, pourvoi n° 08-19.793

Conflit de juridictions – Compétence internationale – Privilège de juridiction – Privilège instauré par l'article 14 du code civil – Clause attributive de compétence à une juridiction étrangère – Effectivité – Défaut – Portée
1^{re} Civ., 30 septembre 2009, Bull. 2009, I, n° 190, pourvoi n° 08-17.587

Conflit de juridictions – Compétence internationale – Privilège de juridiction – Privilège instauré par l'article 14 du code civil – Renonciation – Caractérisation – Applications diverses
1^{re} Civ., 30 septembre 2009, Bull. 2009, I, n° 191, pourvoi n° 08-16.141

Conflit de juridictions – Effets internationaux des jugements – Reconnaissance ou exequatur – Conditions – Compétence du tribunal étranger – Choix n'ayant pas pour but d'échapper aux conséquences d'un jugement français – Caractérisation – Portée
1^{re} Civ., 30 septembre 2009, Bull. 2009, I, n° 192, pourvoi n° 08-18.769

Les quatre arrêts du 30 septembre 2009 traduisent l'évolution de la jurisprudence de la première chambre civile sur les articles 14 et 15 du code civil. Ils font l'objet d'un commentaire du professeur H. Gaudemet-Tallon (*Rev. crit. DIP* 2010, n° 1).

Les prémices de cette évolution se trouvent dans un arrêt du 23 mai 2006 (*Bull.* 2006, I, n° 254, pourvoi n° 04-12.777, *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2006, p. 463), dans

lequel, statuant sur l'article 15 du code civil, la première chambre a décidé que ce texte ne consacrait qu'une compétence facultative de la juridiction française, impropre à exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger, dès lors que le litige se rattachait de manière caractérisée à l'État dont la juridiction était saisie et que le choix de la juridiction n'était pas frauduleux. Le tribunal étranger ayant statué ne pouvait donc plus être déclaré incompétent du seul fait de la nationalité française du défendeur, les conditions de régularité internationale, en droit commun, d'un jugement étranger étant désormais énoncées dans un arrêt du 20 février 2007 (*Bull.* 2007, I, n° 68, pourvoi n° 05-14.082, *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2007, p. 480) qui a abandonné le contrôle de l'application de la loi compétente selon les règles françaises de conflits de lois énoncée dans l'arrêt *Munzer* (1^{re} Civ., 7 janvier 1964, *Bull.* 1964, I, n° 15) pour ne retenir que trois conditions : « pour accorder l'*exequatur* hors de toute convention internationale, le juge doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir, la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi ».

Un an plus tard, dans un arrêt du 22 mai 2007 (*Bull.* 2007, I, n° 195, pourvoi n° 04-14.716; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 610, note H. Gaudemet-Tallon, *JDI*, 2007, p. 956, note B. Ancel et H. Muir Watt), se prononçant sur le maintien du privilège de compétence de l'article 14 du code civil, fondé sur la nationalité française du demandeur, la première chambre a dit : « que l'article 14 n'ouvre au demandeur français qu'une simple faculté et n'édicte pas à son profit une compétence impérative, exclusive de la compétence indirecte d'un tribunal étranger déjà saisi et dont le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux ». Il faut en conclure que, si une juridiction étrangère a été préalablement saisie, le juge français ne pourra plus retenir une compétence exclusive fondée sur la nationalité française du demandeur mais devra rechercher si le juge étranger avait des liens caractérisés avec le litige et si sa saisine n'était pas frauduleuse. Saisie d'une exception de litispendance internationale (1^{re} Civ., 6 février 2008, *Bull.* 2008, I, n° 38, pourvois n° 06-12.405 et 06-12.406, *Rev. crit. DIP* 2008, p. 644, note H. Muir Watt), la première chambre l'a accueillie en considérant que le tribunal étranger était premier saisi et que le litige se rattachait de manière caractérisée à l'État dont la juridiction avait été saisie, en l'espèce l'État monégasque.

Dans les affaires ayant abouti aux arrêts du 30 septembre 2009, se posaient encore la question du maintien du privilège de l'article 14 du code civil, celle de la renonciation aux deux privilèges et celle de savoir si la compétence de la juridiction française première saisie devait prévaloir sur toute compétence étrangère.

1) *Le maintien du privilège de juridiction fondé sur l'article 14 du code civil en cas de compétence directe (pourvois n° 08-17.587, 08-19.793 et 08-16.141)*

Un arrêt est intervenu en matière patrimoniale, les deux autres en matière extrapatrimoniale.

a) Dans le pourvoi n° 08-17.587, une société française avait passé un contrat avec une société saoudienne pour la construction du siège social de celle-ci à Riyad. Le contrat soumis au droit saoudien contenait une clause attributive de juridiction au profit d'une juridiction saoudienne. En l'état de difficultés d'exécution, la juridiction désignée par la clause, saisie par la société française, s'était déclarée incompétente. Cette dernière avait alors saisi, sur

le fondement de l'article 14 du code civil français, le tribunal de commerce de Paris dont la déclaration de compétence avait été confirmée en appel (Paris, 28 mai 2008). Malgré l'absence de rattachement caractérisé du litige avec la France, l'arrêt de la Cour de cassation du 30 septembre 2009 approuve la cour d'appel d'avoir retenu la compétence des juridictions françaises en application de l'article 14 du code civil.

Le motif essentiel de cet arrêt est le suivant : « Mais attendu qu'ayant constaté, d'une part, qu'il ressortait des pièces produites que la société T. était une société française ayant son siège social et statutaire à Paris, d'autre part, que la juridiction saoudienne désignée par la clause attributive de juridiction s'était déclarée incompétente pour régler le litige et, enfin, que la preuve n'était pas rapportée que les juridictions de droit commun étrangères avaient été saisies par la société T., la cour d'appel a considéré, à bon droit, que cette dernière pouvait saisir les tribunaux français sur le fondement de l'article 14 du code civil ».

En revanche une saisine de la juridiction saoudienne aurait pu être considérée comme une renonciation au privilège de nationalité.

b) Dans le pourvoi n° 08-19.793, un couple marié, formé d'une Française et d'un Américain, vivait aux États-Unis. Enceinte d'un deuxième enfant, l'épouse était venue en France, avec le premier, au chevet de son père. Trois mois après son arrivée et postérieurement à la naissance, elle a déposé une requête en divorce en France, son mari faisant de même aux États-Unis mais un mois plus tard. La compétence du juge français ne pouvait être établie selon l'article 3 du Règlement Bruxelles II *bis* – considéré comme le droit international privé commun français –, l'épouse ayant saisi le juge français de sa nationalité moins de six mois après son arrivée en France (article 3-6) et aucun autre juge d'un État membre de la Communauté n'étant compétent puisque tous les éléments de rattachement se trouvaient aux États-Unis, il convenait de faire appel aux compétences résiduelles de l'article 7 du Règlement Bruxelles II *bis*.

Selon cet article : « Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 4 et 5, la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État. »

Appliquant ce texte, la cour d'appel (Lyon, 23 juillet 2008) a considéré qu'il fallait donc revenir aux textes du droit commun français, donc à l'article 1070 du code de procédure civile. Constatant qu'aucun tribunal n'était compétent en application de ce texte, elle a également écarté la compétence fondée sur l'article 14 du code civil du fait de la nationalité française de l'épouse au motif erroné que cet article « ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française impropre à exclure la compétence d'un tribunal étranger, dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'État dont la juridiction est saisie et que le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux ».

Ce motif était la reprise de l'attendu de principe de l'arrêt du 23 mai 2006 (cité *supra*), en l'appliquant à l'article 14 du code civil alors que cet arrêt ne visait que la compétence indirecte fondée sur l'article 15.

En cassant cet arrêt le 30 septembre 2009, la première chambre a voulu réaffirmer le principe selon lequel le demandeur français peut, selon les termes mêmes de l'article 14

du code civil, saisir un tribunal français, que ce texte fait partie du « droit national » visé à l'article 7 du Règlement Bruxelles II *bis* et qu'il ne pouvait être écarté au motif que le seul lien avec la France est la nationalité française du demandeur.

Statuer autrement aboutirait à une suppression de fait du privilège de l'article 14 du code civil.

c) Dans le pourvoi n° 08-16.141, le divorce d'un mari français et d'une femme japonaise avait été prononcé en 2003 au Japon; la femme avait ensuite saisi les juridictions japonaises pour une modification de la garde de l'enfant commun. Après intervention du mari, la décision sur la garde était devenue définitive le 7 novembre 2007. Le père avait saisi le juge français le 10 octobre 2006 pour demander un changement de résidence de l'enfant.

La décision japonaise ayant été rendue avant l'arrêt de la cour d'appel, il n'y avait plus de situation de litispendance. Le père qui demandait une modification de l'exercice de l'autorité parentale mis en place par le juge au Japon exerçait une action nouvelle pour laquelle il pouvait invoquer le bénéfice de l'article 14 du code civil. La cour d'appel avait considéré que son attitude antérieure devant les juridictions japonaises valait renonciation à se prévaloir de ce privilège. Ce raisonnement pouvait-il être tenu?

2) *La renonciation au bénéfice des articles 14 et 15 du code civil (pourvoi n° 08-16.141)*

La doctrine a relevé que, si la renonciation gardait de son intérêt pour apprécier la compétence directe des tribunaux français, elle perdait de son intérêt en matière de litispendance depuis les arrêts des 23 mai 2006 et 22 mai 2007 (voir plus haut) qui ont supprimé le caractère exclusif de la compétence fondée sur la nationalité française (en ce sens, H. Gaudemet-Tallon, *Rép. dr. int. Dalloz*, « Compétence civile et commerciale », n° 139; A. Huet, *J.-Cl. Dr. int.*, fasc. 581-32, n° 6). Il convient désormais de déterminer si l'État du juge étranger, premier saisi, a un lien caractérisé avec le litige et si celui-ci a été saisi sans fraude.

En l'espèce, dans la mesure où il s'agit, pour le père, d'une action nouvelle, et non d'une exception de litispendance, il faut statuer sur une éventuelle renonciation au privilège de nationalité.

La première chambre décide que, « ayant constaté, d'une part, par motifs propres, que M. C. ne sollicitait qu'une modification des mesures relatives à l'enfant mises en place par le juge japonais par une décision définitive du 7 novembre 2007 sans invoquer de faits nouveaux et, d'autre part, par motifs adoptés, que M. C. avait comparu et défendu devant la juridiction étrangère, sans réserve et selon les formes de la procédure locale, sans soulever l'incompétence de cette juridiction, la cour d'appel a pu en déduire que M. C. avait renoncé à se prévaloir du bénéfice de l'article 14 du code civil pour l'instance engagée en France ».

La solution est proche de celle d'un arrêt de la première chambre du 3 décembre 2008 (*Bull.* 2008, I, n° 277, pourvoi n° 07-19.657; *D.* 2009, n° 1, note I. Gallmeister) dans lequel la renonciation par une mère française à se prévaloir de l'article 14 avait été déduite de la saisine antérieure, par elle, à plusieurs reprises, des juridictions belges.

3) *La juridiction française doit-elle avoir été saisie la première (pourvois n° 08-19.793 et 08-18.769)?*

Jadis, le caractère exclusif de la compétence fondée sur les articles 14 et 15 du code civil permettait de régler les conflits de juridiction au profit de la juridiction française. L'abandon de ce caractère exclusif, depuis l'arrêt du 23 mai 2006 (voir plus haut), conduit à se demander comment résoudre de tels conflits, en particulier lorsque la juridiction française a été première saisie.

Ainsi, lorsque aucun tribunal étranger n'a été saisi de la même action entre les mêmes parties (pourvoi n° 08-17.587), le juge français est compétent et doit statuer.

En revanche, si un juge étranger a également été saisi, comme dans ces deux pourvois, le juge français, ici premier saisi, doit-il maintenir sa saisine (pourvoi n° 08-19.793) et doit-il, s'il a été premier saisi, refuser de reconnaître la décision étrangère survenue avant qu'il ne statue (pourvoi n° 08-18.769)?

Une distinction s'impose entre le droit communautaire et le droit commun.

En droit communautaire, dans le cadre du Règlement Bruxelles I, en matière civile et commerciale, mais aussi des Règlements Bruxelles II et II *bis* en matière de divorce, la juridiction seconde saisie sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie. Elle se dessaisit au profit de la première lorsque cette compétence est établie (article 19 du Règlement Bruxelles II *bis*, voir E. Galant, *Rép. dr. int. Dalloz*, « Règlement Bruxelles II *bis* », n° 196). Le principe vaut qu'il s'agisse de la juridiction française ou de la juridiction d'un autre État membre. C'est un système, dit intégré, fondé sur la confiance mutuelle envers les juridictions de tous les États membres.

En droit commun, la solution diffère, en fonction du juge premier saisi.

Lorsque le juge français est saisi en second, il peut faire droit à l'exception de litispendance lorsque la décision à survenir à l'étranger est susceptible d'être reconnue en France, c'est-à-dire si les conditions de régularité internationale d'un jugement étranger semblent devoir être remplies (cf. 1^{re} Civ., 26 novembre 1974, *Bull.* 1974, I, n° 312, pourvoi n° 73-13.820, et 1^{re} Civ., 20 février 2007, *Bull.* 2007, I, n° 68, pourvoi n° 05-14.082 pour l'énoncé des conditions de régularité de la décision étrangère).

Lorsque le juge français a été premier saisi, l'exception de litispendance peut être soulevée devant le juge étranger qui statue selon son propre droit et accepte ou non de se dessaisir.

Si le juge étranger ne se dessaisit pas au profit de la juridiction française, deux hypothèses doivent être distinguées : soit l'instance se poursuit à l'étranger en l'absence de jugement au fond, soit le jugement a été rendu.

La première hypothèse est celle du pourvoi n° 08-19.793, déjà évoqué dans la première partie. L'arrêt de la première chambre énonce simplement que la juridiction française avait été valablement saisie, à la date du dépôt de la requête en divorce, sur le fondement de l'article 14 du code civil, mais ne se prononce pas sur les conséquences de cette saisine, le jugement américain n'ayant pas encore été rendu, à la différence du second pourvoi.

La seconde hypothèse est celle du pourvoi n° 08-18.769. En l'espèce, un mari français et une épouse américaine avaient vécu en France, leurs enfants y étant nés, puis la femme était retournée aux États-Unis avec les enfants. Le tribunal français, saisi le 28 octobre 2005 par le mari français, lieu « de la dernière résidence des époux dans la mesure où l'un y réside encore » (article 3, Bruxelles II *bis*), était compétent. L'épouse avait saisi postérieurement, le 17 novembre 2005, la juridiction américaine. La juridiction française devant être considérée comme saisie au jour du dépôt de la requête (1^{re} Civ., 11 juillet 2006, deux arrêts, *Bull.* 2006, I, n° 375, pourvoi n° 05-19.231 et n° 374, pourvoi n° 04-20.405, solution prise dans le cadre d'un divorce intracommunautaire, mais devant être transposée pour un divorce international), le tribunal français était premier saisi. Mais le jugement de divorce rendu par le juge du Massachusetts était devenu irrévocable le 16 août 2006. La cour d'appel avait considéré que ce jugement était internationalement régulier et que la procédure française devenait sans objet.

La première chambre devait décider si le fait que la juridiction française avait été première saisie devait, *ipso facto*, empêcher de reconnaître le jugement étranger.

Lorsqu'un jugement français a été rendu, la solution semble acquise, un arrêt Patino du 15 mai 1963 (*Bull.* 1963, I, n° 258; CA n° 38) ayant dit que « l'existence d'un jugement français passé en force de chose jugée et portant sur le même objet entre les mêmes parties fait obstacle à toute reconnaissance en France de l'autorité d'une décision étrangère incompatible avec lui ». Le même principe vaut en droit communautaire dans les Règlements Bruxelles I, II et II *bis*.

En l'espèce, le jugement français n'avait pas été rendu.

Pour éviter des conflits de procédures et des décisions contradictoires dans deux États, la première chambre a décidé de ne pas adopter une position trop rigide, fondée sur la règle *prior tempore* mais au contraire de privilégier une analyse au cas par cas des situations. C'est ainsi que, sur le pourvoi n° 08-18.769, elle a dit, « d'une part, que le litige se rattache de manière caractérisée aux États-Unis, pays de la nationalité de Mme C. où elle réside avec ses trois enfants depuis plus de six mois et où ils n'ont pas été amenés en fraude des droits du père; que, d'autre part, il n'est pas prouvé que Mme C. aurait saisi frauduleusement le juge de son lieu de résidence pour tirer un bénéfice supérieur à celui procuré par la saisine du juge français, enfin que M. B. a été avisé de la procédure introduite devant le juge américain et a accusé réception des pièces de procédure; que la cour d'appel a pu en déduire que la juridiction française fût-elle première saisie, le jugement de divorce du 17 mai 2006 prononcé par le juge du Massachusetts devait être reconnu en France, la procédure française devenant sans objet et les mesures provisoires caduques ».

On retrouve ici, d'une part, la formule de l'arrêt de la première chambre du 6 février 1985 (*Bull.* 1985, I, n° 55, pourvoi n° 83-11.241) qui a défini la compétence indirecte du juge étranger (le litige se rattache de manière caractérisée aux États-Unis et Mme C. n'a pas saisi frauduleusement le juge américain, les enfants ayant été déplacés aux États-Unis avec l'accord du père) et, d'autre part, celle de l'arrêt du 20 février 2007 (la femme n'a pas saisi le juge étranger pour obtenir un avantage particulier et les droits de la défense du mari ont été respectés).

Dans une affaire du même jour (1^{re} Civ., 30 septembre 2009, *Bull.* 2009, I, n° 193, pourvoi n° 08-16.883), un mari algérien avait d'abord agi en divorce devant la juridiction française du domicile contre son épouse algérienne. Au cours de la procédure d'appel, il avait obtenu en Algérie une décision de divorce et la cour d'appel française avait reconnu la compétence de la juridiction algérienne. La première chambre a cassé cet arrêt au motif que, « en statuant ainsi, sans rechercher si le choix de la juridiction n'avait pas été fait de manière frauduleuse pour échapper aux conséquences d'un jugement français, dès lors que les époux résidaient en France, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte et des principes susvisés ».



CINQUIÈME PARTIE

ACTIVITÉ DE LA COUR

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE



1

Statistiques de l'année 2009

Tableau 1.1 - REPARTITION DU CONTENTIEUX CIVIL ET PENAL EN 2009

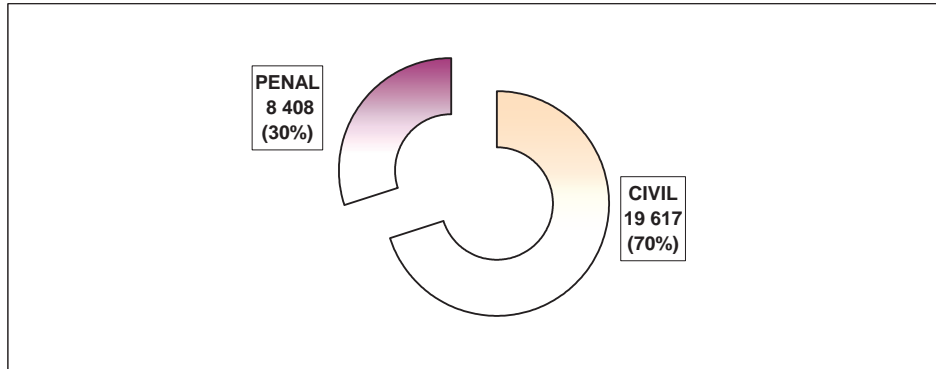


Tableau 1.2 - EVOLUTION DU STOCK GENERAL - ANNEE 2009

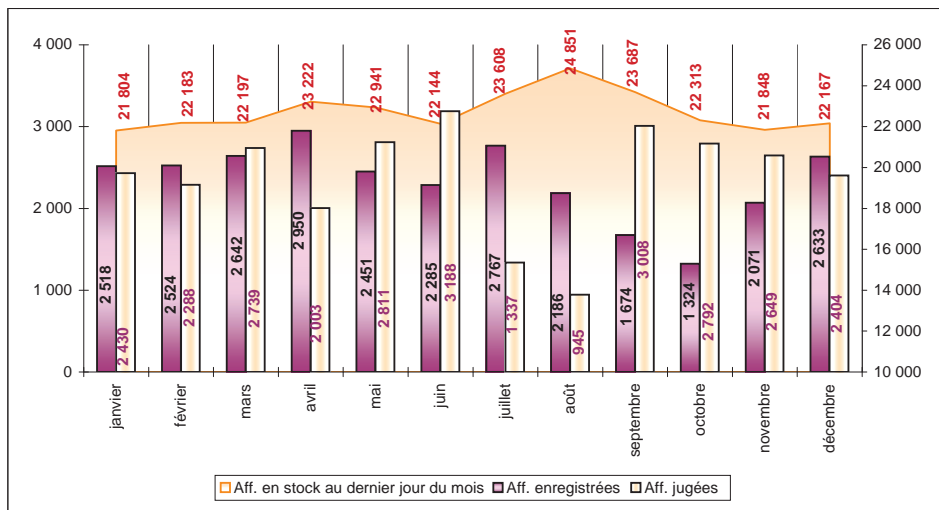


Tableau 1.3 - REPARTITION DU CONTENTIEUX CIVIL, COMMERCIAL ET SOCIAL EN 2009 PAR CATEGORIE D'AFFAIRES

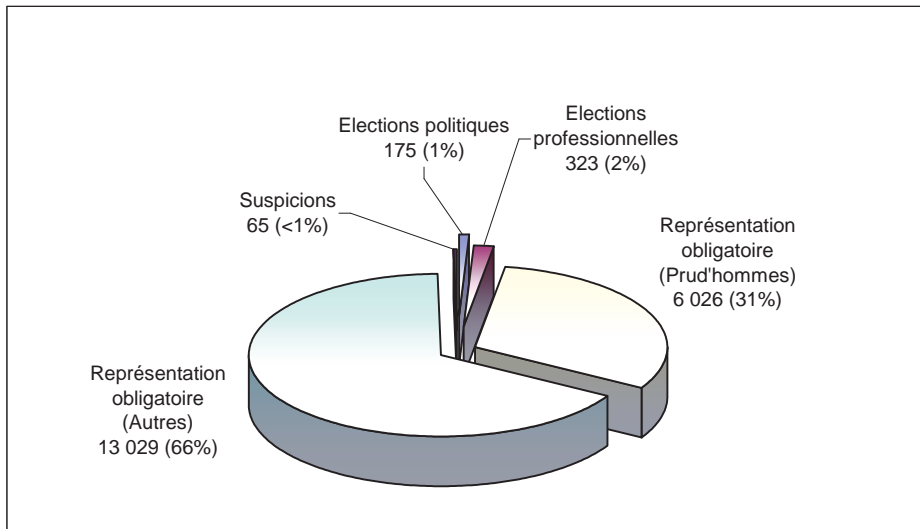


Tableau 1.4 - REPARTITION DES DOSSIERS CIVILS TERMINES EN 2009 PAR CATEGORIE DE DECISIONS

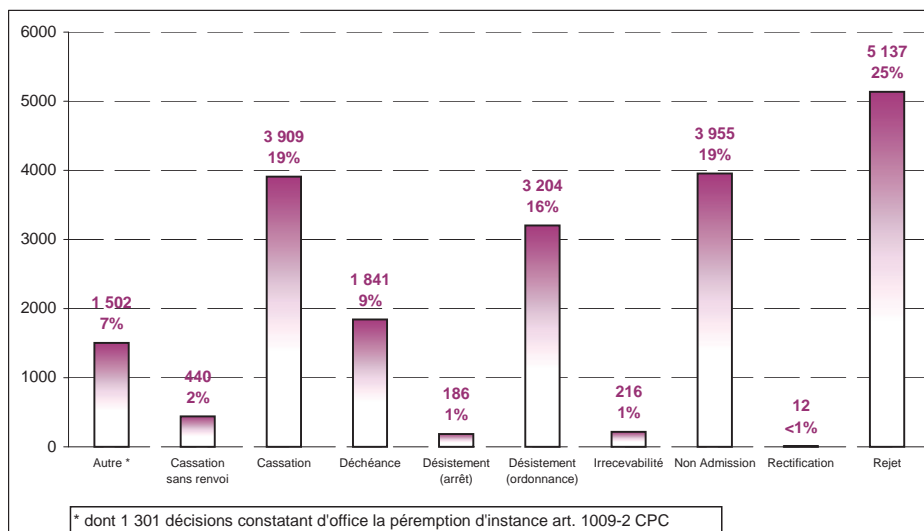


Tableau 1.5 - EVOLUTION DU STOCK DES AFFAIRES CIVILES - ANNEE 2009

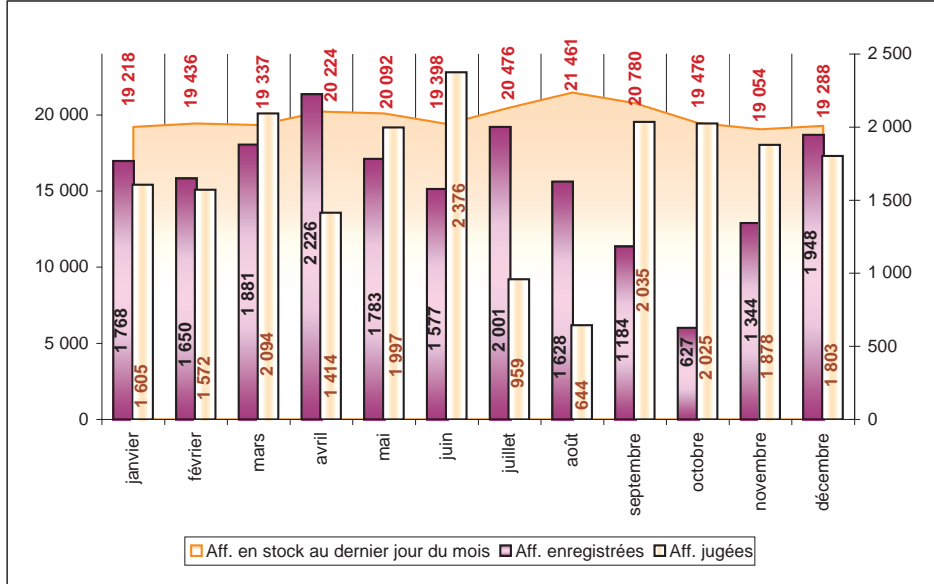
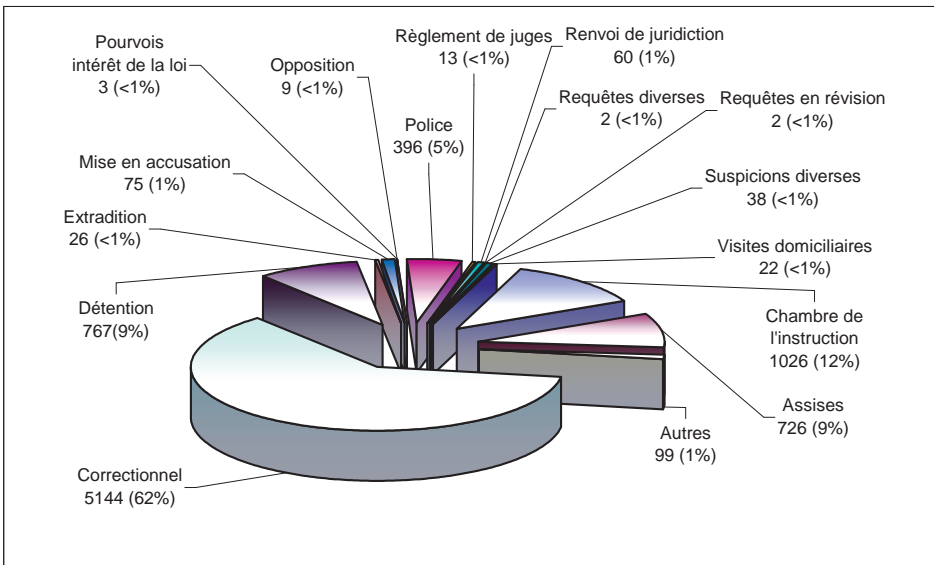


Tableau 1.6 - REPARTITION DU CONTENTIEUX PENAL EN 2009 PAR CATEGORIE D'AFFAIRES



**Tableau 1.7 - REPARTITION DES DOSSIERS PENAUX JUGES EN 2009
PAR CATEGORIE DE DECISIONS**

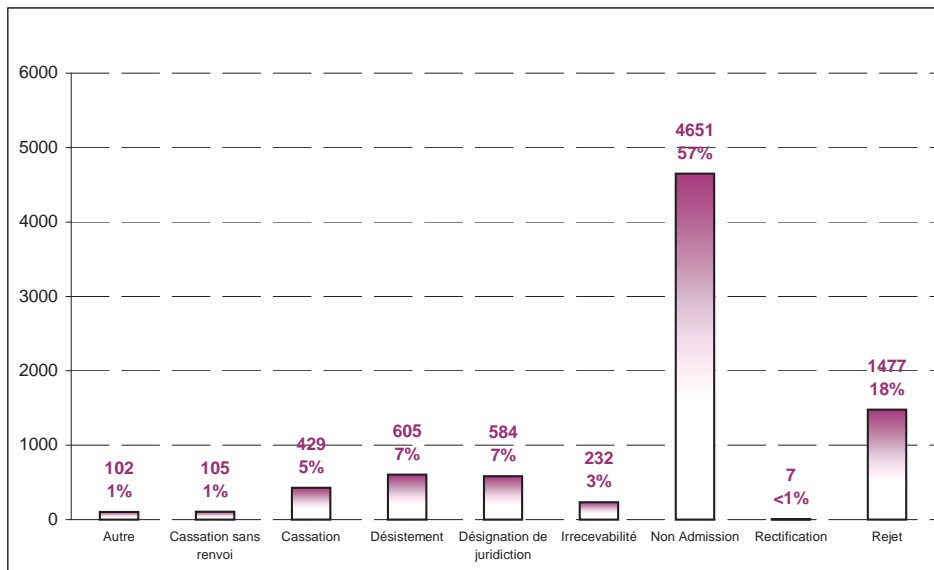
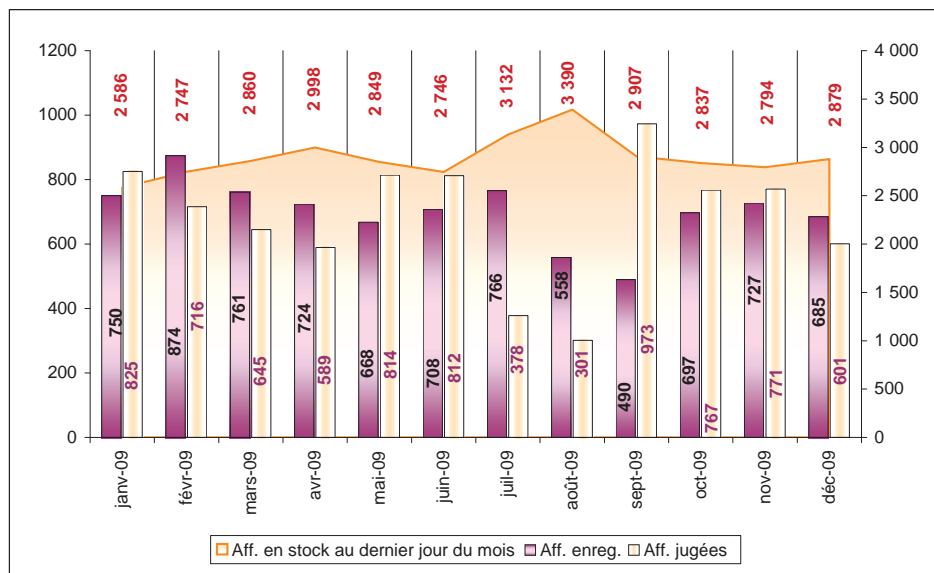


Tableau 1.8 - EVOLUTION DU STOCK DES AFFAIRES PENALES - ANNEE 2009





2

Évolution du stock et de la durée des affaires civiles et pénales

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**

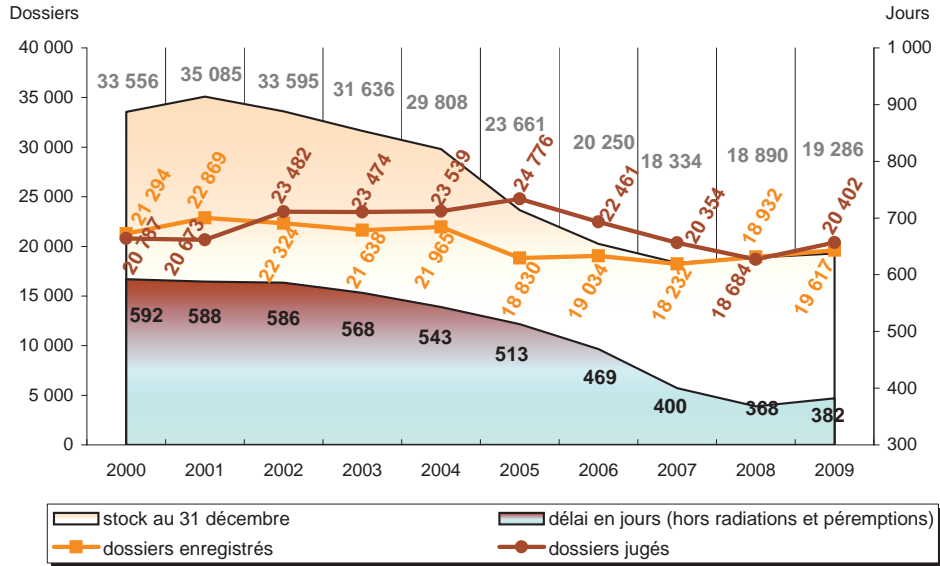


Tableau 2.2 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRES CIVILES

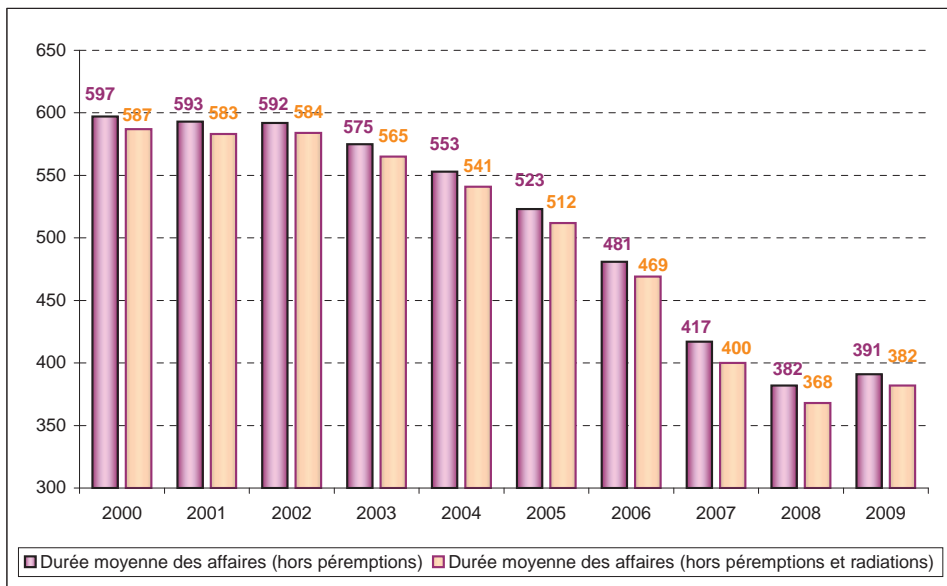
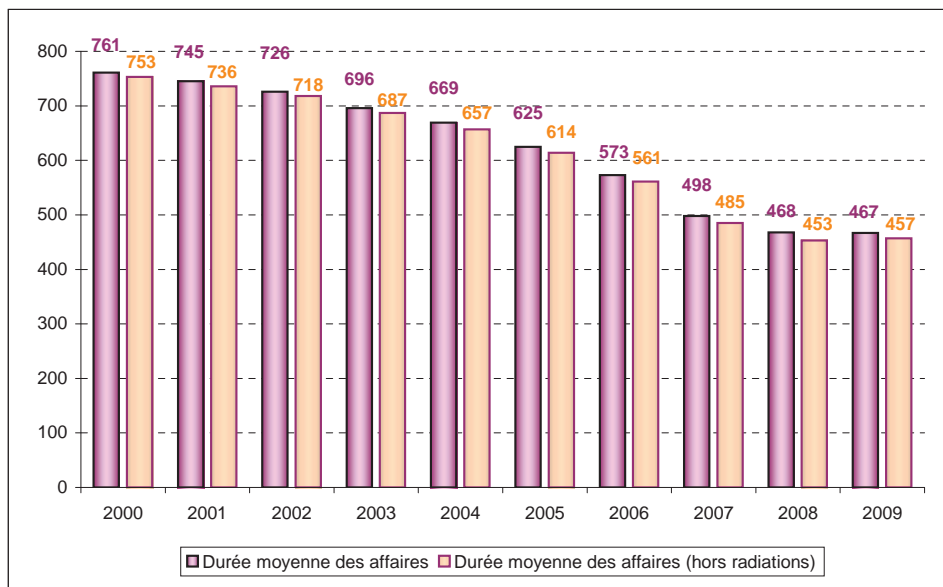


Tableau 2.3 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRET (en jours) - CHAMBRES CIVILES



Évolution du stock et de la durée des affaires civiles et pénales

Tableau 2.4 - STOCK, FLUX ET DELAI DU CONTENTIEUX PENAL SOUMIS A LA COUR DE CASSATION

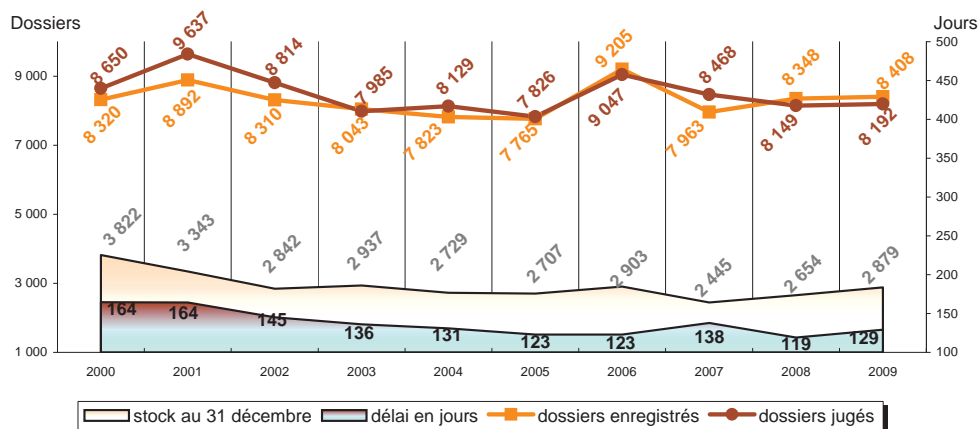
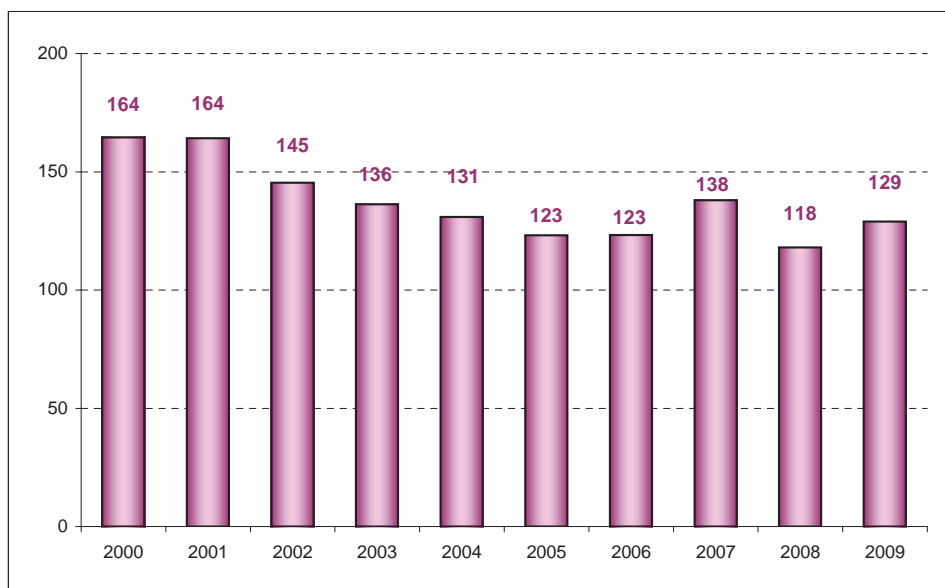


Tableau 2.5 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRE CRIMINELLE



**Tableau 2.6 - PROCEDURE DE RADIATION (ART. 1009-1 DU CPC)
REQUETES ET DECISIONS 1009-1**

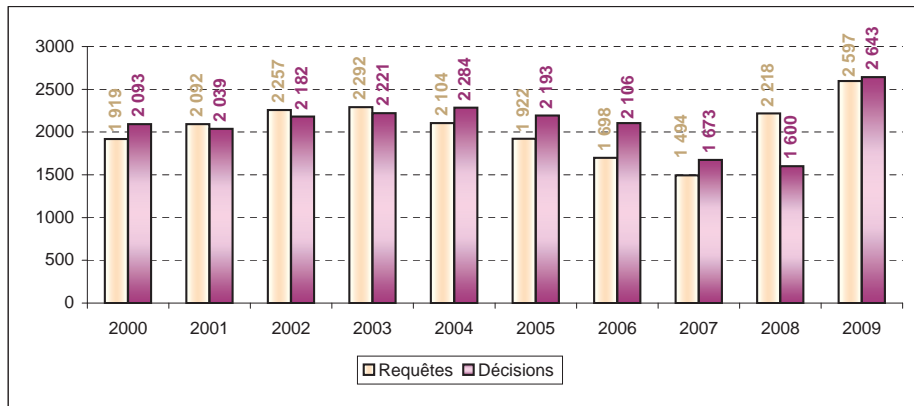


Tableau 2.7 - REPARTITION DES REQUETES 1009-1 EN 2009

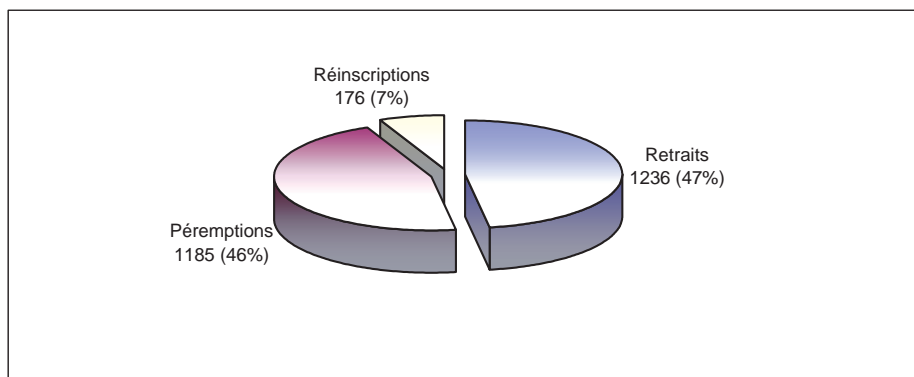
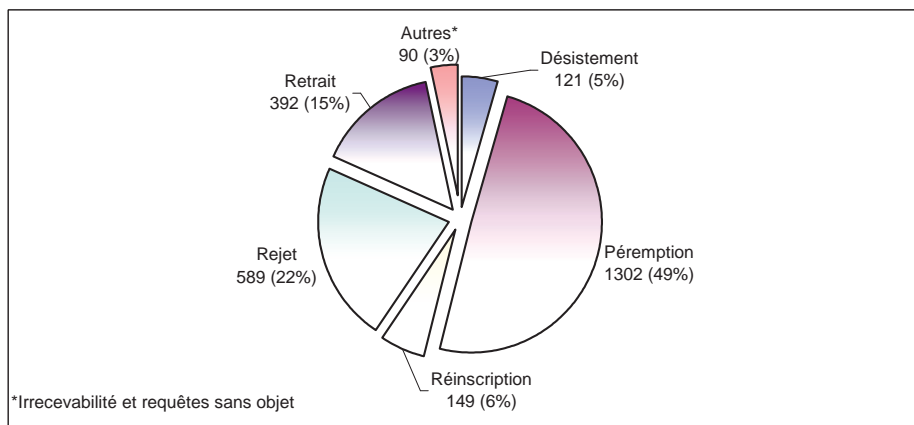


Tableau 2.8 - REPARTITION DES DECISIONS 1009-1 EN 2009





3

**Appréciation par
chambre de l'activité
civile, commerciale
et sociale et en
matière criminelle**

Appréciation par chambre de l'activité civile, commerciale et sociale et en matière criminelle

**Tableau 3.1 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2009
PAR LA PREMIERE CHAMBRE CIVILE PAR CATEGORIE DE DECISIONS**

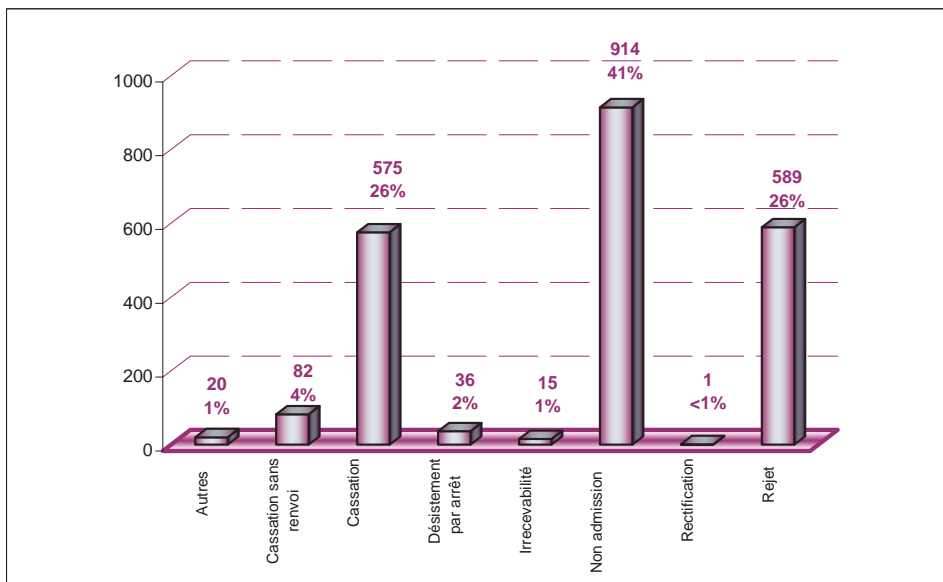
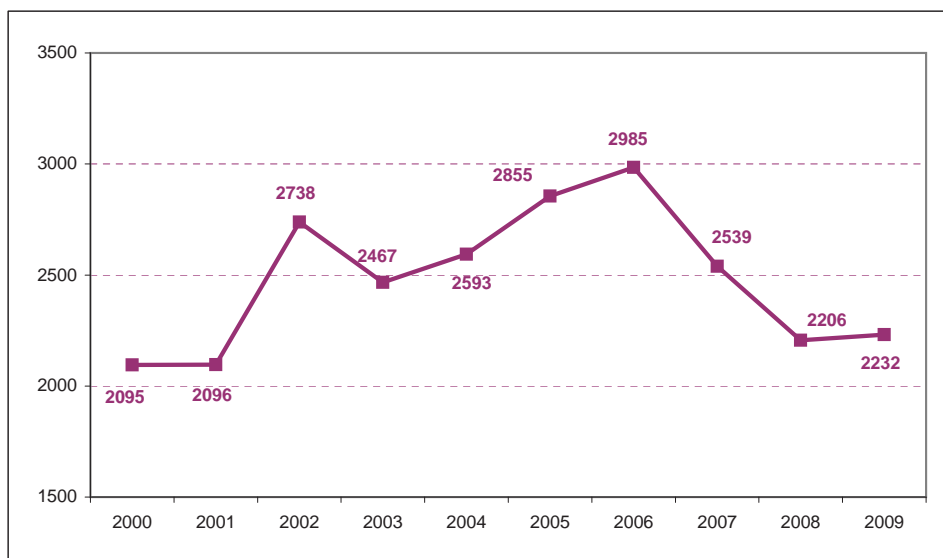
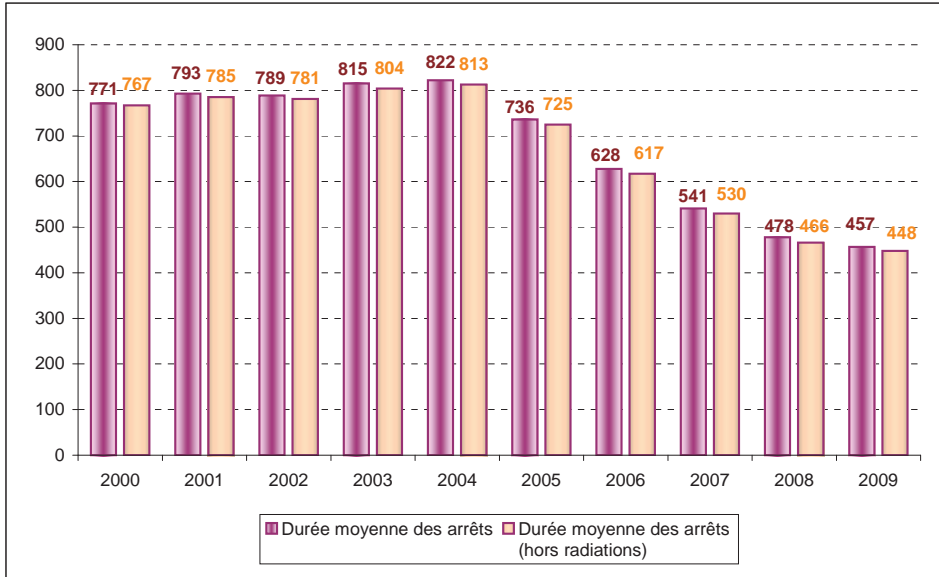


Tableau 3.2 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - PREMIERE CHAMBRE CIVILE



**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	27%
Non-admission	42%

Cette chambre a jugé 2232 affaires par arrêt en 2009, soit une augmentation de 1 % par rapport à 2008 (2206 affaires)

La durée moyenne de traitement de ces affaires (hors radiations) a diminué, passant de 466 jours à 448 jours, soit un gain de 18 jours

Appréciation par chambre de l'activité civile, commerciale et sociale et en matière criminelle

**Tableau 3.4 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2009
PAR LA DEUXIEME CHAMBRE CIVILE PAR CATEGORIE DE DECISIONS**

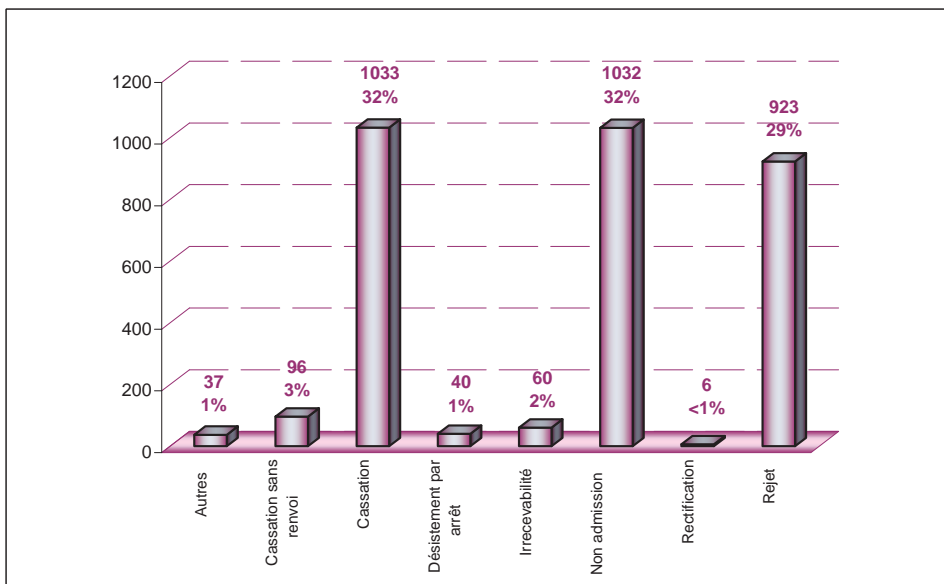
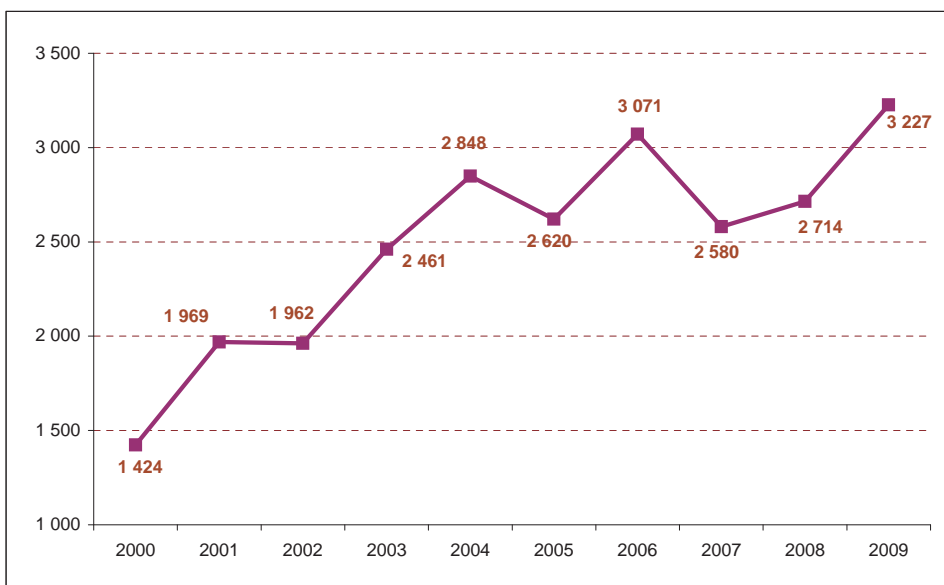
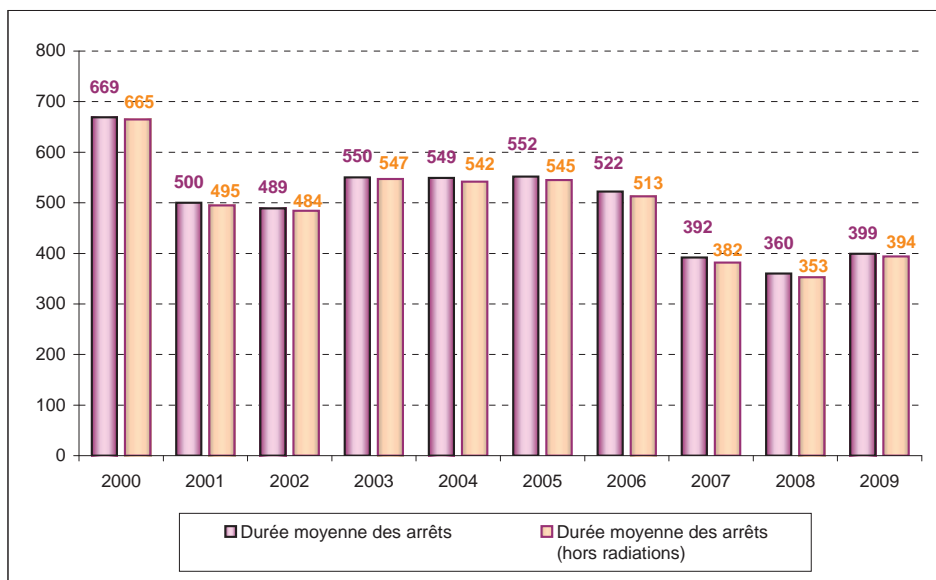


Tableau 3.5 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - DEUXIEME CHAMBRE CIVILE



**Tableau 3.6 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN 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	37%
Rejet	30%
Non-admission	33%

Cette chambre a jugé 3227 affaires par arrêt en 2009, soit une augmentation de 19 % par rapport à 2008 (2714 affaires)

La durée moyenne de traitement de ces affaires (hors radiations) a augmenté, passant de 353 jours à 394 jours, soit un allongement de 41 jours

Appréciation par chambre de l'activité civile, commerciale et sociale et en matière criminelle

**Tableau 3.7 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2009
PAR LA TROISIEME CHAMBRE CIVILE PAR CATEGORIE DE DECISIONS**

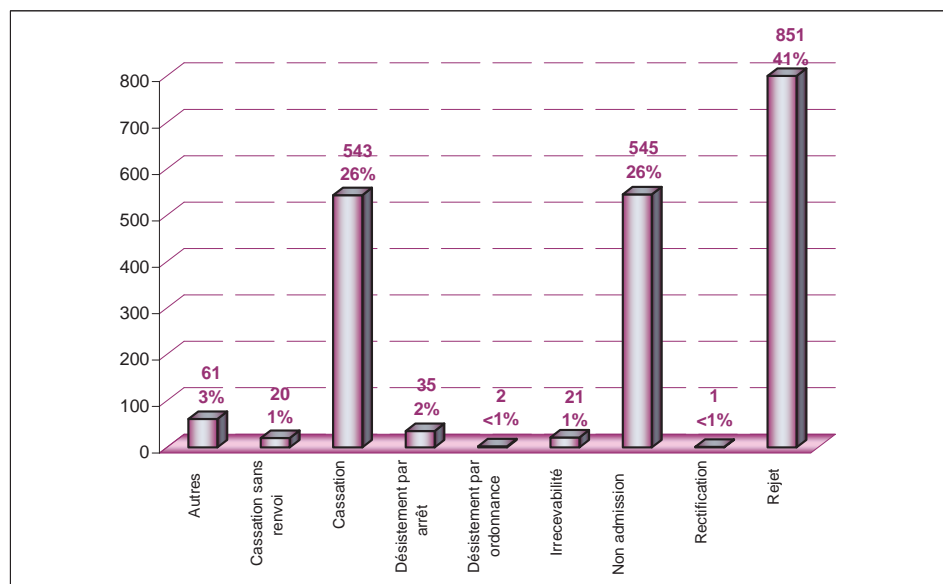
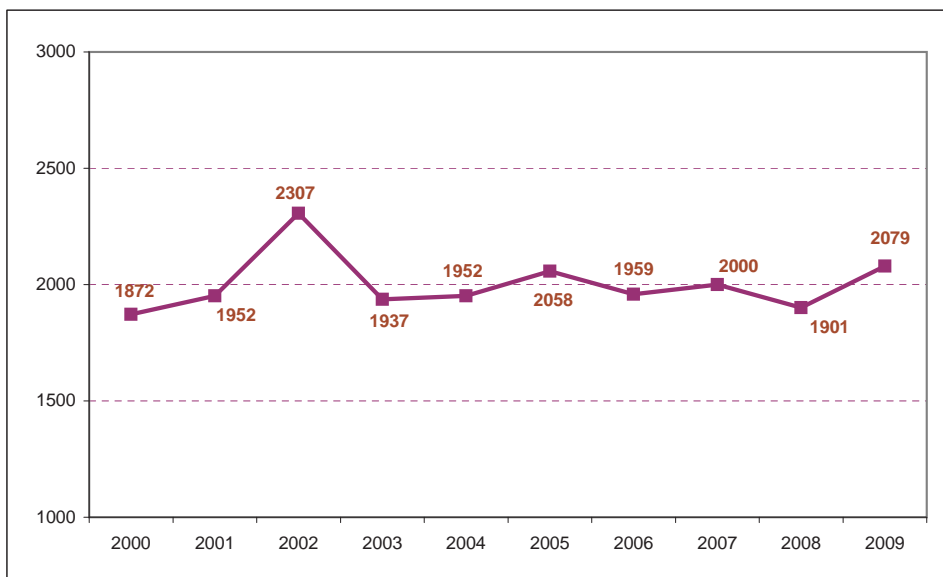
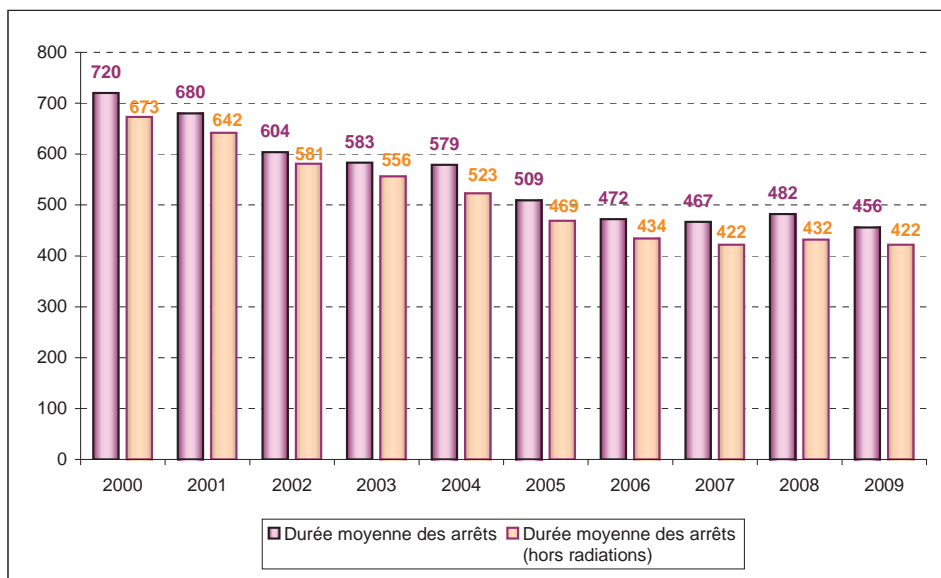


Tableau 3.8 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - TROISIEME CHAMBRE CIVILE



**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	29%
Rejet	43%
Non-admission	28%

Cette chambre a jugé 2079 affaires par arrêt en 2009, soit une augmentation de 9 % par rapport à 2008 (1901 affaires)

La durée moyenne de traitement de ces affaires (hors radiations) a diminué, passant de 432 jours à 422 jours, soit un gain de 10 jours

Appréciation par chambre de l'activité civile, commerciale et sociale et en matière criminelle

**Tableau 3.10 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2009
PAR LA CHAMBRE COMMERCIALE PAR CATEGORIE DE DECISIONS**

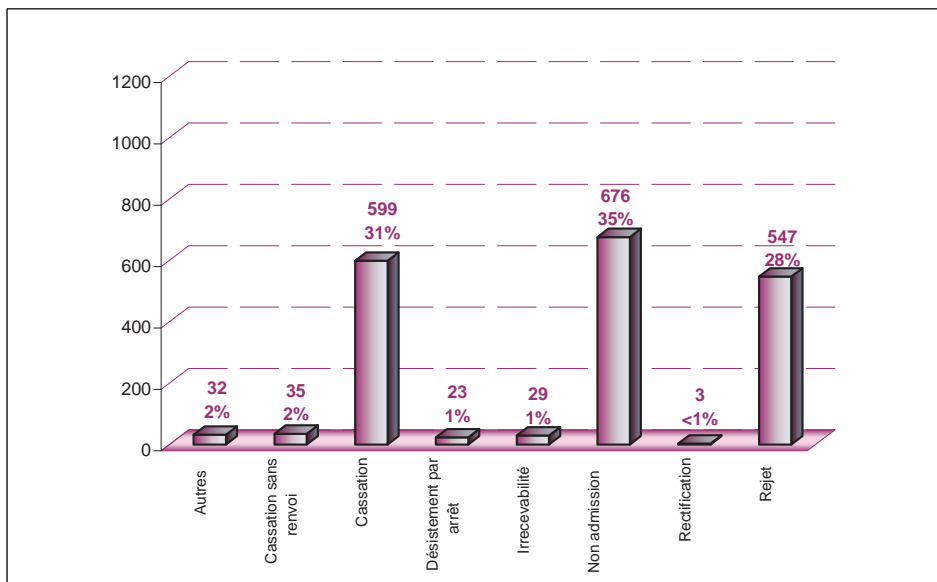
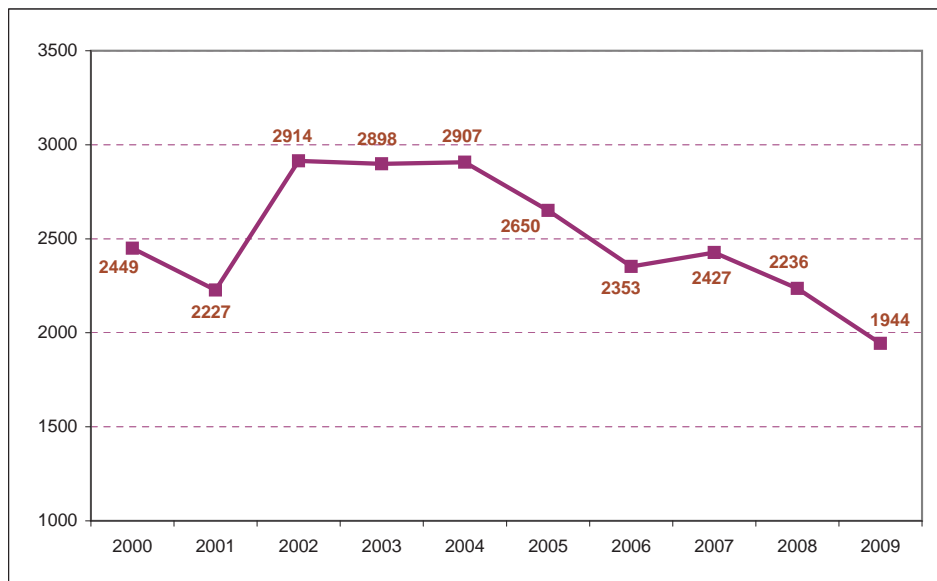
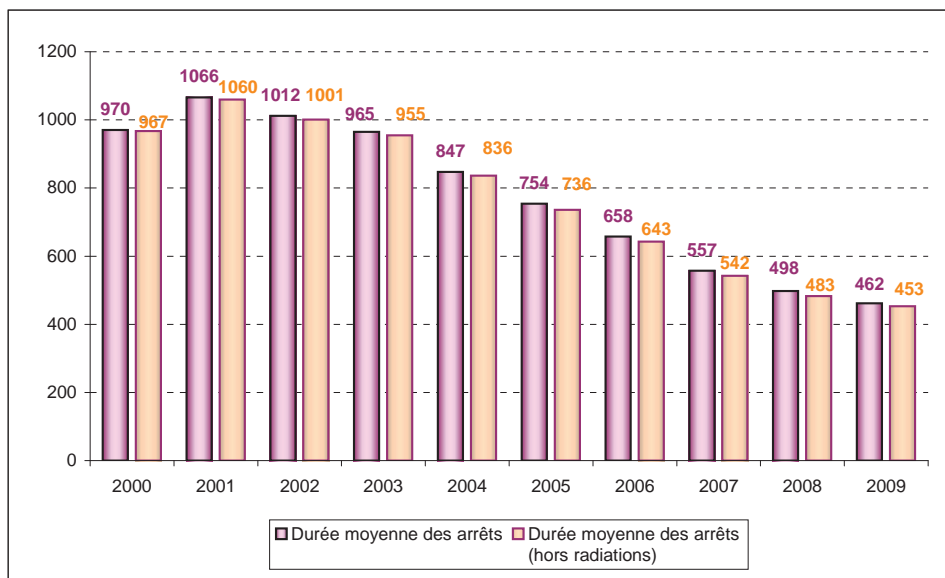


Tableau 3.11 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - CHAMBRE COMMERCIALE



**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	34%
Rejet	30%
Non-admission	36%

Cette chambre a jugé 1944 affaires par arrêt en 2009, soit une diminution de 13 % par rapport à 2008 (2236 affaires)

La durée moyenne de traitement de ces affaires (hors radiations) a diminué, passant de 483 jours à 453 jours, soit un gain de 30 jours

Appréciation par chambre de l'activité civile, commerciale et sociale et en matière criminelle

**Tableau 3.13 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2009
PAR LA CHAMBRE SOCIALE PAR CATEGORIE DE DECISIONS**

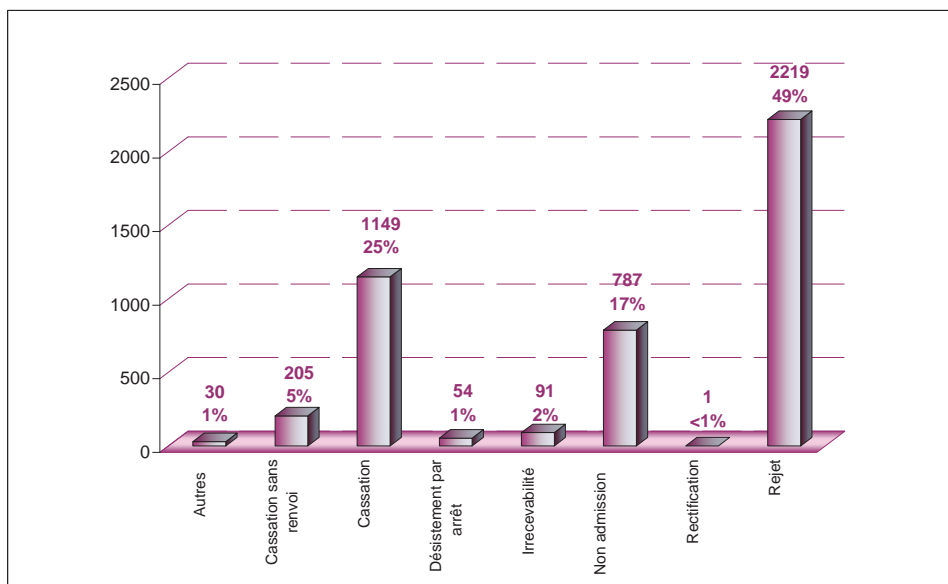
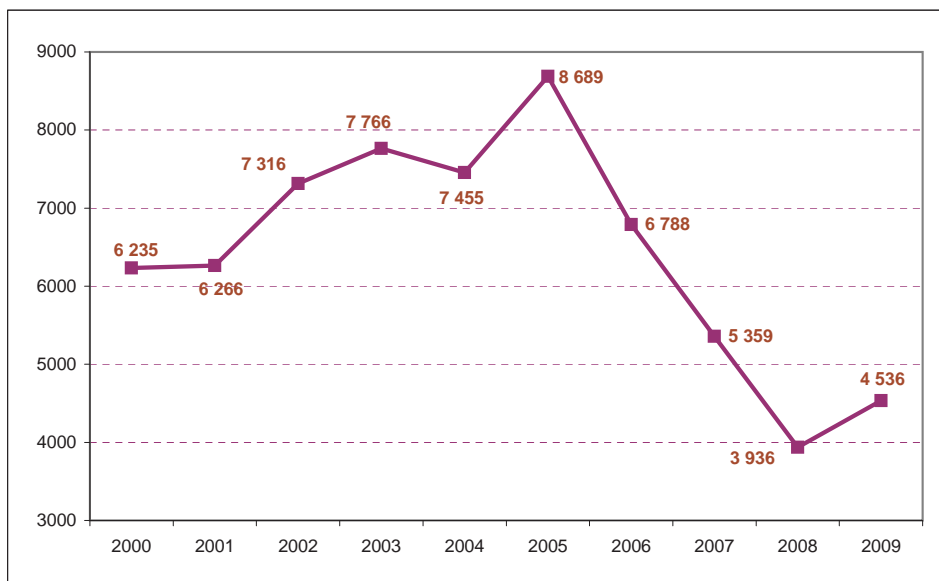
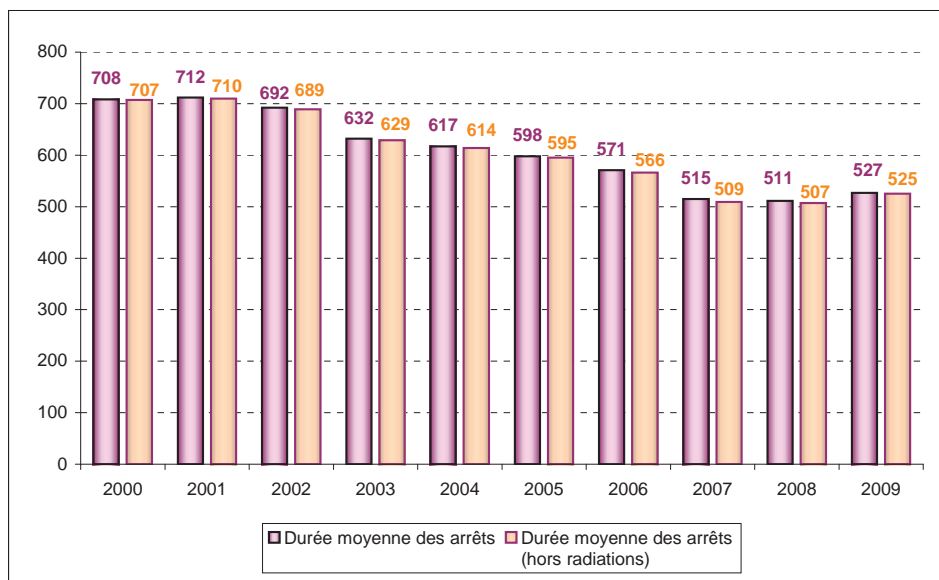


Tableau 3.14 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - CHAMBRE SOCIALE



**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	31%
Rejet	51%
Non-admission	18%

Cette chambre a jugé 4536 affaires par arrêt en 2009, soit une augmentation de 15 % par rapport à 2008 (3936 affaires)

La durée moyenne de traitement de ces affaires (hors radiations) a augmenté, passant de 507 jours à 525 jours, soit un allongement de 18 jours

Appréciation par chambre de l'activité civile, commerciale et sociale et en matière criminelle

**Tableau 3.16 - REPARTITION DES DOSSIERS PENAUX JUGES EN 2009
PAR CATEGORIE DE DECISIONS**

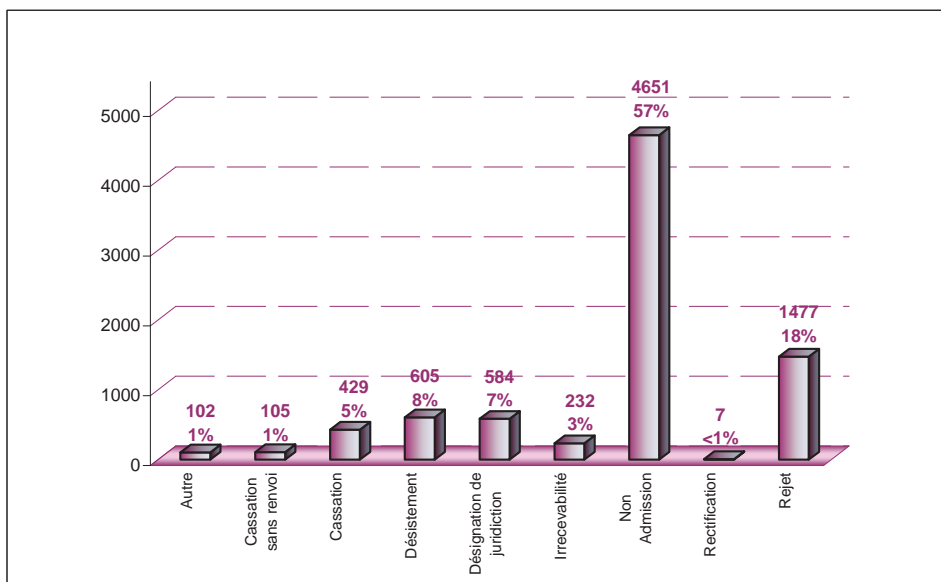


Tableau 3.17 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - CHAMBRE CRIMINELLE

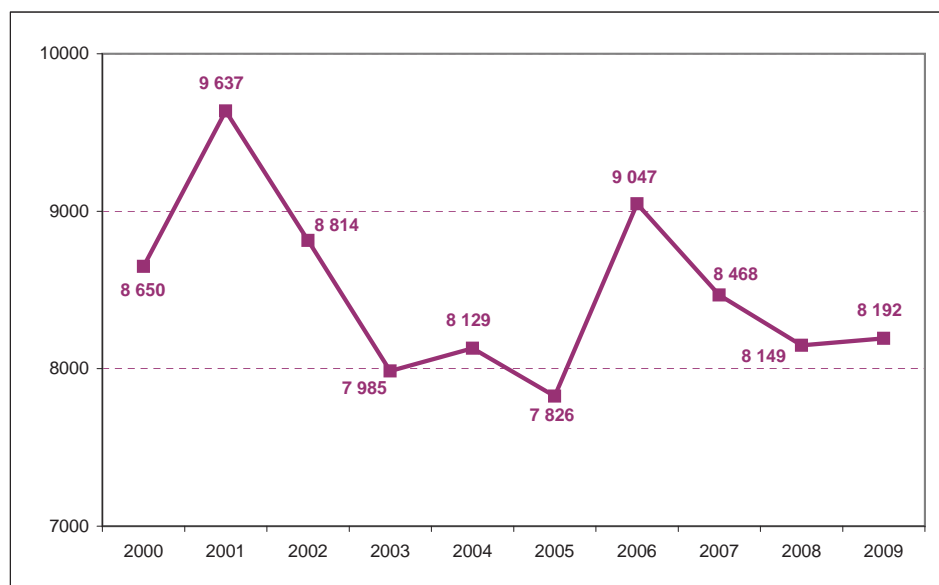
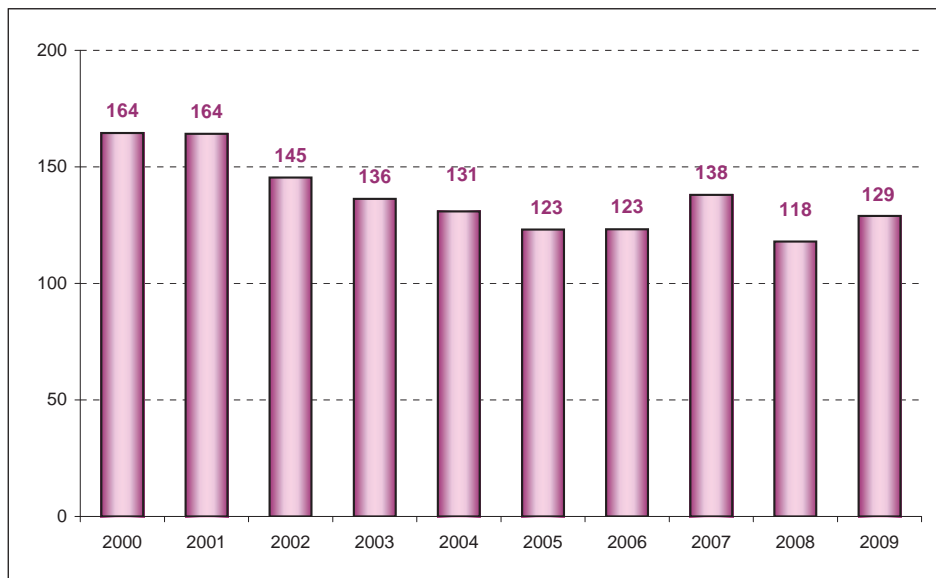


Tableau 3.18 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRE CRIMINELLE



La répartition des principales décisions de la chambre criminelle (hors désistements, rectifications et autres) se présente comme suit :

Sur l'ensemble des dossiers jugés	
Cassation	8%
Rejet	21%
Irrecevabilité	3%
Non-admission	67%

Sur dossiers jugés sur pourvois soutenus	
Cassation	14%
Rejet	38%
Irrecevabilité	6%
Non-admission	42%

Cette chambre a jugé 8192 affaires par arrêt en 2009, soit une augmentation de moins de 1 % par rapport à 2008 (8149 affaires)

La durée moyenne de traitement de ces affaires a augmenté, passant de 118 jours à 129 jours, soit un allongement de 11 jours

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 légère de 2,73 % du nombre des affaires enregistrées (tableaux 2.1 et 2.4)

La tendance constatée en 2008 de hausse modérée du nombre des affaires enregistrées s'est confirmée pour 2009, mais de manière moins importante. Ainsi, si le nombre cumulé des affaires enregistrées en matière civile et pénale avait connu une baisse sensible de 2006 à 2007, passant de 28 239 à 26 195 (- 7,2 %), l'année 2008 a connu une hausse modérée de 3,98 %, pour atteindre un nombre d'affaires de 27 280. Cette tendance se confirme, de manière légère, le nombre cumulé d'affaires enregistrées atteignant 28 025, soit une hausse légère de 2,73 %.

1.2. qui s'accompagne d'une légère augmentation du nombre des affaires civiles enregistrées par rapport au nombre des affaires pénales (tableau 1.1)

La tendance, constatée en 2008, de très légère augmentation du nombre des affaires pénales, par rapport aux affaires civiles, s'est inversée en 2009. Ainsi, si la part des affaires pénales était passée de 30 % en 2007 à 31 % en 2008, elle passe de nouveau à 30 % en 2009.

Rappelons qu'en 2007 la proportion des affaires pénales, par rapport au nombre d'affaires civiles, s'était stabilisée à 30 %, après avoir connu une forte augmentation de 27 % à 33 % de 2005 à 2006 (inchangé depuis 2002).

Cette très légère augmentation du nombre des affaires civiles enregistrées par rapport au nombre des affaires pénales s'explique par une augmentation plus importante des affaires enregistrées en matière civile (3,61 %) qu'en matière pénale (0,71 %).

1.3. s'expliquant par une augmentation des affaires enregistrées en matière civile (tableaux 1.3 et 2.1)

L'on constate une augmentation linéaire des affaires enregistrées en matière civile.

Ainsi, si le nombre des affaires enregistrées était passé de 18 232 en 2007 à 18 932 en 2008, soit une hausse de 3,70 %, l'année 2009 atteint le nombre de 19 617, soit une hausse de 3,61 %, hausse légèrement inférieure toutefois à celle de 2008.

Rappelons que 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 enregistrées), soit + 1 %, avant de connaître une nouvelle baisse de 4,2 % (18 232 affaires en 2007) et une nouvelle augmentation en 2008 (18 932 affaires).

L'explication de cette augmentation peut être recherchée dans la hausse sensible du contentieux prud'homal. En effet, après la baisse importante de 11 % enregistrée de 2006 (6382 affaires) à 2007 (5684 affaires), une légère hausse de 1,22 % avait été constatée de 2007 à 2008 (5684 à 5754 affaires). Cette hausse se poursuit de manière particulièrement sensible en 2009 (6026 affaires enregistrées), pour atteindre un taux de 4,72 %.

L'extension de la représentation obligatoire à la matière prud'homale¹ réalisée en 2005 et permettant de limiter, en amont, le nombre de pourvois, grâce aux conseils donnés aux justiciables par les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, avait permis une baisse de 11 % des affaires enregistrées de 2006 à 2007. De 2007 à 2008, le nombre des affaires enregistrées était en hausse de 1,22 %. Cette tendance à la hausse se confirme de 2008 à 2009, atteignant un taux de 4,72 %.

1.4. au regard d'une augmentation moins importante des affaires enregistrées en matière pénale (tableaux 1.6 et 2.4)

En matière pénale, le nombre des affaires enregistrées, qui avait connu une nette diminution de 13,4 % de 2006 (9205 affaires) à 2007 (7963 affaires) et enregistré une augmentation de 4,62 % en 2008, pour atteindre un total de 8348 affaires, connaît, pour l'année 2009, une très légère augmentation de 0,71 %, soit un nombre d'affaires de 8408.

Cette augmentation survient au terme d'une augmentation non linéaire de 1 % de 2000 (8320 affaires) à 2009 (8408 affaires).

Plus précisément, l'augmentation avait été de 6,87 % entre 2000 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 une nette diminution de 13,4 % de 2006 à 2007 et une augmentation de 4,62 % de 2007 à 2008.

La hausse du contentieux correctionnel s'est poursuivie. Si elle avait été de 10,57 % entre 2007 (4435 affaires) et 2008 (4959 affaires), elle n'est toutefois que de 3,73 % entre 2008 (4959 affaires) et 2009 (5144 affaires). Corrélativement, le contentieux correctionnel, au sein de la chambre criminelle, continue également sa progression. S'il représentait 56 % en 2007 et 59 % en 2008, il représente 62 % en 2009.

Parmi les autres contentieux, relevons l'augmentation du contentieux de la détention provisoire de 6,52 % (767 affaires en 2009 contre 720 affaires en 2008), la nette baisse du contentieux de la chambre de l'instruction de 12 % (1026 affaires en 2009 contre 1170 affaires en 2008) qui représente 12 % du contentieux total (contre 14 % en 2008) et la très forte augmentation de 20 % du contentieux de police (396 affaires en 2009 contre 330 affaires en 2008) soit 4,70 % du contentieux total.

1. La représentation obligatoire en matière civile a été étendue par le décret n° 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 n° 2002-1215 du 17 novembre 2004 aux procédures relatives aux étrangers en situation irrégulière et par le décret n° 2004-1420 du 23 décembre 2004 aux affaires d'expropriation pour cause d'utilité publique.

2. Une légère augmentation du stock des dossiers en cours (tableaux 2.1 et 2.4)

Le stock général de la Cour, de 22 165 dossiers en 2009, est en hausse de 2,88 % par rapport à 2008 (21 544 dossiers). Cette hausse est toutefois moins importante que celle constatée en 2008 par rapport à 2007, de 3,55 % (20 779 dossiers en 2007).

Rappelons que le stock général de la Cour, de 23 153 dossiers en 2006, était 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.

Cette légère augmentation du stock survient malgré une activité soutenue de l'ensemble des chambres de la Cour, supérieure en 2009 (28 594 affaires jugées) par rapport au nombre des affaires jugées en 2008 (26 833 affaires jugées), soit une hausse des affaires jugées de 6,56 %.

Le renforcement de l'activité de la Cour a donc permis de limiter l'augmentation du stock, de 2,88 % de 2008 à 2009 (contre une augmentation de 3,55 % de 2007 à 2008), liée à l'augmentation du nombre des affaires enregistrées (28 025 dossiers en 2009 contre 27 280 dossiers en 2008). Toutefois, l'activité soutenue de l'ensemble des chambres de la Cour n'a pas permis de compenser totalement la hausse des affaires enregistrées, le différentiel des affaires enregistrées sur les affaires jugées s'établissant à 2,03 %.

2.1. Chambres civiles (tableaux 1.5 et 2.1)

2.1.1. Un nombre des affaires jugées supérieur au nombre des affaires enregistrées

Le nombre des affaires terminées en 2009 par les chambres civiles est de 20 402 alors qu'il était de 18 684 en 2008, soit une hausse de 9,19 % du nombre des affaires jugées.

Le différentiel entre les affaires jugées et les affaires enregistrées s'établit donc à +4 % dans les chambres civiles (20 402 dossiers jugés pour 19 617 dossiers enregistrés).

En 2008, le nombre des affaires terminées était de 18 684 pour un nombre de dossiers enregistrés de 18 932, soit un différentiel des affaires jugées sur les affaires enregistrées de -1,30 %.

L'on constate donc en 2009 une inversion de tendance, le nombre des affaires jugées étant supérieur au nombre des affaires enregistrées.

2.1.2. L'augmentation du nombre des affaires en instance (tableau 2.1)

En 2008, il avait été constaté que l'activité des chambres de la Cour n'avait pas permis de compenser la hausse des affaires enregistrées. Cette tendance se confirme en 2009, même si elle est moins forte.

Aussi, le stock, de 18 890 en 2008, est passé à 19 286 dossiers en 2009, soit une hausse de 2,09 %.

Rappelons que le stock était de 20250 procédures en 2006 et de 18334 en 2007, soit une baisse de 9 %. Il était de 18890 en 2008, soit une hausse de 3 % par rapport à 2007.

2.1.3. L'augmentation des délais de jugement (tableaux 2.1, 2.2 et 2.3)

Une augmentation des délais de traitement des affaires civiles, s'agissant des délais moyens généraux (hors radiation), est constatée en 2009 puisqu'il est de 382 jours en 2009 alors qu'il était de 368 jours en 2008, soit une hausse de 3,80 %.

Pour les affaires terminées par un arrêt, le délai est passé de 453 jours en 2008 à 457 en 2009, soit une hausse de 0,8 % :

- pour la première chambre, la durée moyenne est passée de 466 jours en 2008 à 448 jours en 2009, soit une baisse 3,86 % (tableau 3.3);
- pour la deuxième chambre, la durée moyenne est passée de 353 en 2008 à 394 en 2009, soit une hausse de 11,6 % (tableau 3.6);
- pour la troisième chambre, la durée moyenne est passée de 432 jours en 2008 à 422 jours en 2009, soit une baisse de 2,31 % (tableau 3.9);
- pour la chambre commerciale, la durée moyenne est passée de 483 jours en 2008 à 453 jours en 2009, soit une baisse 6,21 % (tableau 3.12);
- pour la chambre sociale, la durée moyenne est passée de 507 jours en 2008 à 525 jours en 2009, soit une hausse de 3,55 % (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 la 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 2009 étant de 382 jours, les indicateurs de performance que la Cour de cassation s'est fixés pour l'année 2009 sont satisfaits.

2.2. Chambre criminelle

2.2.1. Un nombre des affaires jugées légèrement inférieur au nombre des affaires enregistrées (tableau 2.4)

Le nombre des affaires jugées en 2009 par la chambre criminelle est de 8192 alors qu'il était de 8149 en 2008, soit une hausse de 0,52 %.

Dans le même temps, le nombre d'affaires enregistrées, qui était de 8348 en 2008, est passé à 8408 en 2009, soit une augmentation de 0,71 %.

Le différentiel entre les affaires jugées et les affaires enregistrées jugées s'établit en 2009 à -2,63 % (8192 dossiers jugés pour 8408 dossiers enregistrés).

Rappelons qu'en 2008 le nombre des affaires jugées était de 8149 pour un nombre de dossiers enregistrés de 8348, soit un différentiel de -2,44 % 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 continuant à être inférieur au nombre des affaires enregistrées.

Aussi, le stock, de 2 654 en 2008, est passé à 2 879 dossiers en 2009, soit une hausse de 8,47 %.

2.2.3. Une légère hausse des délais de traitement (tableau 2.5)

Le délai de traitement des affaires devant la chambre criminelle est passé de 118 jours en 2008 à 129 jours en 2009, enregistrant une légère hausse des délais de traitement de 8,47 %.

Rappelons que, de 2007 à 2008, une baisse avait été constatée (de 138 jours en 2007 contre 118 jours en 2008).

Ces délais de traitement devant la chambre criminelle permettent néanmoins de respecter les prévisions des indicateurs de performance que la Cour de cassation s'est fixés en 2009 (156 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 en 2009 est de 3 390 alors qu'il était de 3 729 en 2008, soit une diminution de 9,09 %, et le nombre de déchéances est passé de 1 715 en 2008 à 1 841 en 2009, soit une augmentation de 7,34 %.

En matière pénale, le nombre de désistements est passé de 540 en 2008 à 605 en 2009, soit une augmentation de 12 %.

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 baisse des affaires jugées en formation de section

12,84 % des procédures terminées par un arrêt en 2009 l'ont été en formation de section pour un total de 1 795, 17,10 % en 2008 (2 220 dossiers), 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).

58,86 % des procédures terminées par un arrêt en 2009 l'ont été en formation restreinte (hors non-admission), pour un total de 8 231, 52,77 % en 2008 (6 853 dossiers), 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).

28,31 % des procédures terminées par une décision en 2009 l'ont été par une décision de non-admission prononcée par une formation restreinte pour un total de 3 959, 30,13 % en 2008 (3 913 dossiers), 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).

3.2.2. En matière pénale, une baisse sensible des affaires ayant fait l'objet d'une décision de non-admission

2,69 % des procédures terminées par un arrêt en 2009 l'ont été en formation de section pour un total de 194 dossiers, 3,12 % en 2008 (226 dossiers), 3 % en 2007 (216 dossiers), 4 % en 2006 (273 dossiers), 5 % en 2005 (375 dossiers).

39,79 % des procédures terminées par un arrêt en 2009 l'ont été en formation restreinte (hors non-admission) pour un total de 2 873 dossiers, 32,64 % en 2008 (2 365 dossiers), 38 % en 2007 (2 884 dossiers), 37 % en 2006 (3 018 dossiers), 40 % en 2005 (2 751 dossiers).

57,53 % des procédures terminées par une décision en 2009 l'ont été par une décision de non-admission prononcée par une formation restreinte pour un total de 4 154 dossiers, 64,24 % en 2008 (4 654 dossiers), 59 % en 2007 (4 396), 59 % en 2006 (4 803 dossiers), 55 % en 2005 (3 796 dossiers). Précisons que le taux se réduit encore lorsqu'il s'agit de pourvois soutenus par un mémoire ampliatif, pour atteindre un taux de non-admission de 42 %.

3.3. Les assemblées plénières et les chambres mixtes (tableaux 3.19 et 3.20)

En 2009, 11 procédures ont été examinées par l'assemblée plénière de la Cour de cassation (contre 6 en 2008, 17 en 2007 et 19 en 2006).

Trois procédures ont été examinées par les chambres mixtes de la Cour (3 en 2008, contre 14 en 2007 et 12 en 2006)

Conclusion

Malgré une augmentation du nombre des affaires enregistrées tant devant les chambres civiles que devant la chambre criminelle, la Cour de cassation, en renforçant son activité, a permis de limiter l'augmentation du stock, en assurant ainsi le respect des indicateurs de performance.

En matière pénale, et ainsi que cela a été relevé dans les rapports précédents, 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 de 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 2009, la Cour de cassation a été saisie de 2 demandes d'avis en matière civile et de 2 demandes en matière pénale.

Le nombre d'avis rendus avait été de 14 en 2008, 17 en 2007, 14 en 2006, 11 en 2005, 4 en 2004, 2 en 2003, 8 en 2002, 8 en 2001, 16 en 2000, 14 en 1999, 20 en 1998, 16 en 1997.

Les avis en matière civile

DÉCLARATION DE CRÉANCE

Déclaration de créance et délai de forclusion

Un jugement d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un débiteur supposé peut, en application de l'article L. 622-22 du code de commerce (dans sa rédaction postérieure à la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises), interrompre une instance en cours en paiement d'une créance de dommages et intérêts. Pour autant, le devenir de cette instance en paiement se pose lorsque le créancier n'a pas procédé à la déclaration de sa créance et que le délai de relevé de forclusion est dépassé lorsque s'ouvre le jugement d'ouverture.

Dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005, l'article L. 622-22 du code de commerce dispose :

« Sous réserve des dispositions de l'article L. 625-3, les instances en cours sont interrompues jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance. Elles sont alors reprises, de plein droit, le mandataire judiciaire et, le cas échéant, l'administrateur ou le commissaire à l'exécution du plan [...] dûment appelés, mais tendent uniquement à la constatation des créances et à la fixation de leur montant. »

Par ailleurs, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005, le défaut de déclaration d'une créance dans le délai légal n'est plus sanctionné par l'extinction de la créance. Désormais, le créancier qui n'a pas déclaré sa créance demeure forclos, de sorte qu'il ne peut participer, s'il y a lieu, aux répartitions et dividendes, mais sa créance n'est pas éteinte (article L. 622-26 du code de commerce).

La formation pour avis a été conduite à se prononcer sur la portée de la règle de l'absence d'extinction de la créance non déclarée, dans l'hypothèse où, à la date de l'ouverture de la procédure collective, cette créance faisait l'objet d'une instance en cours, interrompue en vertu de l'article L. 622-22 du code de commerce.

Dans son avis émis le 8 juin 2009 (*Bull.* 2009, Avis, n° 1, demande n° 09-00.002), la formation pour avis a retenu qu'en l'absence de déclaration de créance les conditions de la reprise d'instance ne sont pas réunies, même si la créance du créancier forclos n'est pas éteinte. L'instance peut ainsi demeurer interrompue jusqu'à la clôture de la liquidation judiciaire. En revanche, ainsi que l'avait jugé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 11 février 2009 (n° 08/17900), si l'instance en cours, interrompue jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance, est celle qui tend à obtenir de la juridiction saisie du principal une décision au fond sur le montant et l'existence de cette créance, tel n'est pas le cas de l'instance en référé, qui tend à obtenir une condamnation provisionnelle. La créance faisant l'objet d'une telle instance doit être soumise à la procédure de vérification des créances et à la décision du juge-commissaire.

APPLICATION AUX INSTANCES EN COURS DE NOUVELLES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES RELATIVES AUX RÉGIMES SPÉCIAUX DE SÉCURITÉ SOCIALE

Régimes spéciaux et victimes de l'amiante

Devant le développement des pathologies liées à l'exposition aux poussières d'amiante, les pouvoirs publics ont, dans le courant des années 1990, adopté un certain nombre de dispositions destinées à améliorer l'indemnisation des personnes qui en étaient atteintes.

C'est ainsi, notamment, que l'article 40 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 a ouvert aux victimes d'affections professionnelles consécutives à l'inhalation des poussières d'amiante, ainsi qu'à leurs ayants droit, la faculté d'obtenir le bénéfice des prestations et indemnités prévues par la législation relative aux accidents du travail et aux maladies professionnelles, sans que leur soit opposable la prescription biennale applicable en la matière, dès lors qu'ils ont fait l'objet d'une première constatation médicale entre le 1^{er} janvier 1947 et la date d'entrée en vigueur de cette loi. Ce texte était destiné à faire profiter les victimes des maladies professionnelles liées à l'amiante des dispositions nouvelles, dérogoires au droit commun, prises en leur faveur.

Il déroge, par ailleurs, au principe directeur de la législation sur les risques professionnels qui conduit à imputer la réparation de l'accident ou de la maladie à l'employeur. La charge financière est dorénavant supportée directement par la branche accident du travail du régime général ou agricole et s'inscrit, à cet effet, sur un compte spécial.

Pour autant, cette rédaction de l'article 40 a conduit la jurisprudence à considérer que ce texte ne bénéficiait qu'aux salariés relevant du régime général et du régime des salariés agricoles de la sécurité sociale (2^e Civ., 11 octobre 2007, *Bull.* 2007, II, n° 230, pourvois n° 06-21.087 et 06-19.080; 2^e Civ., 25 octobre 2007, pourvoi n° 06-21.916; 2^e Civ., 10 juillet 2008, *Bull.* 2008, II, n° 189, pourvois n° 07-17.491 et 07-17.896). Ainsi, ceux relevant des régimes spéciaux, par exemple les agents d'EDF-GDF, en étaient exclus. C'est dans ces conditions qu'est survenue la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009 dont l'article 102 a modifié l'article 40 de la loi de 1998 pour en étendre expressément le bénéfice aux salariés des régimes spéciaux :

« Au IV de l'article 40 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 1999 (n° 98-1194 du 23 décembre 1998), après le mot : "sociale", sont insérés les mots : " , celle des régimes spéciaux mentionnés à l'article L. 711-1 du code de la sécurité sociale qui comportent une telle branche". »

Cependant, cette loi n'a pas précisé si ce texte nouveau devait s'appliquer aux instances en cours non définitivement jugées.

La cour d'appel de Pau a été saisie de trois litiges distincts concernant des salariés ayant exercé leur activité au sein d'entreprises relevant du régime spécial des personnels des industries électriques et gazières et ayant été victimes d'une exposition à l'amiante. Ces trois litiges s'additionnaient à ceux, assez nombreux, actuellement pendants devant les juridictions du fond relatifs aux ressortissants du régime des personnels des industries électriques et gazières ainsi que, dans une moindre mesure, à ceux des régimes de la SNCF et de la RATP.

Elle a saisi la formation pour avis sur le point de savoir si ces nouvelles dispositions devaient s'appliquer aux instances en cours.

Dans son avis émis le 2 novembre 2009 (demande n° 09-00.003, en cours de publication), la formation pour avis a retenu que les dispositions de l'article 40 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 dans leur rédaction modifiée par l'article 102 de la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 étaient applicables aux instances en cours devant les juridictions du fond à la date d'entrée en vigueur de celle-ci. À cet effet, la Cour de cassation a relevé que le but poursuivi par le législateur était de faire cesser une inégalité de traitement entre les victimes d'une même affection, et que le législateur de 1998 n'avait pas eu l'intention, en réalité, d'exclure une catégorie de salariés. Elle a, par cet avis, élargi la protection des salariés relevant des régimes spéciaux de sécurité sociale victimes de l'amiante.

Les avis en matière pénale

DROIT PÉNAL ET PROCÉDURE PÉNALE

Récidive

Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007

Aucun texte ne précise, d'une manière générale, les effets d'une condamnation non avenue. En cet état, la doctrine et la jurisprudence les assimilaient aux effets de la réhabilitation de droit.

La jurisprudence de la chambre criminelle considérait qu'une condamnation prononcée assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve, devenue non avenue, ne pouvait constituer le premier terme de la récidive (Crim., 11 décembre 1990, pourvoi n° 89-86.866).

Or le nouveau libellé de l'article 133-16 du code pénal, dans sa rédaction issue de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, dispose, en son dernier alinéa :

« La réhabilitation n'interdit pas la prise en compte de la condamnation, par les seules autorités judiciaires, en cas de nouvelles poursuites, pour l'application des règles sur la récidive légale. »

Ainsi se posait la question de savoir si les effets du « non avenue » du sursis devaient continuer à être assimilés à ceux de la réhabilitation, pour la caractérisation de l'état de récidive, au regard de ce nouveau texte.

Après avoir rappelé que le juge qui entend relever d'office l'état de récidive légale, lorsqu'il n'est pas mentionné dans l'acte de poursuites, est tenu de veiller au respect des dispositions de l'article 132-6-5 du code pénal lui prescrivant d'en informer au cours de l'audience la personne poursuivie, et de la mettre en mesure d'être assistée d'un avocat et de faire valoir ses observations, la formation pour avis (Avis de la Cour de cassation, 26 janvier 2009, *Bull. crim.* 2009, Avis, n° 1, demande n° 08-00.013) a eu l'occasion de préciser qu'une condamnation assortie du sursis, bien que réputée non avenue, peut constituer le premier terme de la récidive.

De toute évidence, avec les nouvelles dispositions législatives de 2007, le régime juridique de la récidive est renforcé. Se dessine ainsi un régime d'aggravation des peines à plusieurs niveaux en cas de renouvellement de faits de même nature ou assimilés après une condamnation assortie du bénéfice du sursis.

Peines

Sursis avec mise à l'épreuve et révocation

Selon l'article 132-57 du code pénal, issu de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, modifié par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, lorsqu'une condamnation pour un délit comportant une peine d'emprisonnement de six mois au plus a été prononcée, le juge de l'application des peines peut « convertir » cette peine en un sursis assorti d'un travail d'intérêt général.

Se pose néanmoins la question de l'incidence de la conversion d'une peine d'emprisonnement en une peine d'emprisonnement avec sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général sur une condamnation antérieurement prononcée avec sursis assorti d'une mise à l'épreuve qui s'est vu révoqué par la condamnation convertie.

À la différence du sursis simple, le sursis avec mise à l'épreuve ne se trouve pas révoqué de plein droit en cas de prononcé, ultérieur, d'une peine d'emprisonnement ferme : cette révocation, facultative, nécessite une décision de la juridiction de jugement (article 132-48 du code pénal).

La solution adoptée par la chambre criminelle de la Cour de cassation pour régler le sort du sursis simple, dont la révocation survient de plein droit en cas de prononcé ultérieur d'une peine d'emprisonnement ferme, n'apparaît donc pas directement transposable au sursis avec mise à l'épreuve (cf. *Crim.*, 4 avril 1991, *Bull. crim.* 1991, n° 161, pourvoi n° 91-80.245 et *Crim.*, 19 décembre 1991, *Bull. crim.* 1991, n° 491, pourvoi n° 91-84.460, décidant qu'une peine d'emprisonnement ferme qui a fait l'objet d'une conversion en peine

d'emprisonnement avec sursis et obligation d'accomplir un travail d'intérêt général ne peut révoquer un sursis simple antérieurement prononcé).

Ainsi, à l'occasion d'une conversion par le juge de l'application des peines d'une peine d'emprisonnement ferme prononcée en une peine avec sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, la formation pour avis (Avis de la Cour de cassation, 6 avril 2009, *Bull. crim.* 2009, Avis, n° 2, demande n° 09-00.001) a été conduite à préciser que cette conversion n'avait pas d'incidence sur une condamnation antérieure à une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve révoqué par la juridiction ayant prononcé la condamnation convertie.



5

**Service de
documentation,
des études et
du rapport de
la Cour de cassation**

TAUX DE PUBLICATION DE 2000 à 2009 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	%
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%
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%
2009	2211	260	12%	3210	296	9%	2050	293	14%	1906	176	9%	3333	292	9%	7240	223	3%

Remarque : Le total comprend les seules décisions de cassation, de rejet et d'irrecevabilité. Jusqu'en 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 2009 DU SERVICE DE DOCUMENTATION, DES ÉTUDES ET DU RAPPORT

Pour le service de documentation et d'études (SDE), deux changements sont survenus en 2009. C'est désormais un président de chambre qui, en application des dispositions de l'article R. 433-1 du code de l'organisation judiciaire, dirige le service. Les activités du service de documentation et d'études ont par ailleurs été étendues. En premier lieu, un « bureau du droit constitutionnel » a été créé pour la mise en œuvre de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité en application de l'article 61-1 de la Constitution. En second lieu, le premier président de la Cour a confié au service la direction des travaux de la commission chargée de la rédaction du rapport annuel de la Cour de cassation. Par ailleurs, le service a poursuivi le développement de ses missions traditionnelles, au service de la Cour de cassation et de l'harmonisation du droit.

Un bureau du droit constitutionnel a donc été créé, au mois de septembre 2009, pour accompagner la mise en œuvre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) à la Cour de cassation et dans les cours et tribunaux. Il est, actuellement, composé de deux magistrats.

Dans la perspective de l'entrée en vigueur de la procédure de la question prioritaire telle que prévue par la loi organique n° 209-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, ont été élaborés des outils d'aide à la décision pour les magistrats de la Cour et des juridictions du fond. En effet, préalablement à l'examen de la recevabilité de la QPC par la formation spécifique de la Cour, le bureau du droit constitutionnel procédera à l'analyse de la question à la lumière de la jurisprudence du Conseil.

Dès février 2010 une rubrique dédiée à la QPC sera mise en ligne sur le site intranet de la Cour de cassation accessible à l'ensemble des magistrats de l'ordre judiciaire. Cette rubrique comportera notamment la liste des questions, classées par dispositions contestées et moyens soulevés, en cours de traitement par la Cour de cassation et par le Conseil constitutionnel.

Le secrétariat général de la commission du rapport et des études a été confié au service. Désormais, la responsabilité de la diffusion de toutes les publications de la Cour lui est confiée. Cette mission nouvelle emporte également un changement d'appellation, le SDE devenant le service de documentation, des études et du rapport (SDER). Le rapport annuel est diffusé sur le site internet de la Cour. Il comporte des liens hypertextes vers chacun des arrêts commentés dans la partie consacrée à la jurisprudence.

Le développement des missions traditionnelles du SDER, au service de l'harmonisation du droit, s'est poursuivi par l'amélioration de la diffusion de l'information juridique et la valorisation de la jurisprudence des cours d'appel.

Dans le cadre de l'aide à la décision apportée aux magistrats des chambres de la Cour, il a été décidé de dématérialiser les veilles documentaires réalisées par les bureaux du SDER chargés des contentieux des chambres et par le bureau du droit européen. Ce travail, piloté par la documentaliste du service, a d'abord été réalisé pour la troisième chambre civile et sera étendu à toutes les chambres au cours du premier trimestre 2010. La veille numérique est mise à disposition des magistrats sur leur bureau virtuel. Elle permet un accès permanent aux commentaires de doctrine portant sur les arrêts de la Cour.

Si, en nombre, les demandes de recherches documentaires présentées au service n'ont pas augmenté, elles ont été pour la plupart accompagnées de notes de synthèse et d'études qui forment ainsi une base documentaire spécialisée par contentieux à la disposition des magistrats des chambres de la Cour.

Les demandes de recherches émanant des magistrats des cours et tribunaux ont sensiblement augmenté, notamment en droit pénal et procédure pénale.

Par ailleurs, le travail d'analyse des arrêts de la Cour de cassation s'accompagne toujours d'une recherche des divergences de jurisprudence susceptibles de se produire entre les chambres de la Cour.

Le SDER participe à la mission d'harmonisation du droit de la Cour de cassation en mettant à la disposition des magistrats des cours et tribunaux des outils d'aide à la décision. Ils sont diffusés sur le site intranet de la Cour et, le cas échéant, *via* le *Bulletin d'information de la Cour de cassation* (BICC). Il s'agit notamment d'une fiche pratique relative aux « régimes de responsabilité des constructeurs » et d'une étude portant sur « les conséquences de l'ouverture d'une procédure collective sur l'instance en cours ».

Les publications de la Cour de cassation constituent la vitrine de la jurisprudence judiciaire pour les professionnels du droit et les justiciables. Toutes les publications de la Cour sont désormais diffusées sur les sites internet et intranet. 1 540 arrêts publiés aux bulletins des chambres ont été titrés par les bureaux chargés du contentieux des chambres du service. Le délai de diffusion du *Bulletin des arrêts* des chambres civiles a été sensiblement amélioré, d'environ six mois pour la publication « papier », il est désormais d'un mois et demi pour les bulletins dématérialisés publiés sur le site de la Cour (www.courdecassation.fr/publications_cour_26/arrets_publies_2986/), les arrêts diffusés étant également classés par rubrique (www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/civiles_classes_2987/).

La rubrique « jurisprudence » est la plus visitée du site internet, elle totalise 58 % du total des visites. Autres variables de fréquentation intéressantes, le site a reçu 2 649 204 visites, 18 750 337 pages ont été lues et le BICC en ligne compte environ 37 245 abonnés.

Deux publications continuent d'être imprimées par la direction des journaux officiels. D'une part, environ 6 350 exemplaires du BICC sont diffusés aux magistrats de l'ordre judiciaire. D'autre part, la *Revue de droit du travail* est diffusée à 700 exemplaires et particulièrement dans les juridictions prud'homales. Elle a comporté, en 2009, 218 commentaires d'arrêts de la chambre sociale rédigés par le bureau compétent du service.

La conduite d'actions de formation, dans le cadre de la formation continue nationale et déconcentrée, s'est poursuivie. Elles se déroulent à la Cour de cassation ou dans les cours d'appel et portent sur les méthodes de recherche juridique et l'utilisation des sites et bases de jurisprudence de la Cour. Elles sont aussi l'occasion de sensibiliser les juges du fond à l'intérêt de mettre en valeur certaines de leurs décisions, notamment celles prises en application de textes récents ou celles concernant un contentieux sensible ou évolutif. Ces décisions sont diffusées sur Jurinet, la base de jurisprudence des arrêts de la Cour et d'une sélection de décisions des cours et tribunaux. Ces mêmes arrêts, préalablement anonymisés, sont en ligne sur Légifrance. Grâce à la création de Jurica, base de jurisprudence qui compte désormais plus de 680 000 décisions, la mise en valeur de la jurisprudence des cours d'appel est notamment survenue sous la forme d'études menées par les bureaux du contentieux du SDER et par le recours à des partenaires extérieurs.

Cette base Jurica est devenue un outil de travail quotidien du service. L'exploitation de la jurisprudence des cours d'appel s'est traduite par des études, réalisées par les bureaux chargés des contentieux des chambres de la Cour : « La responsabilité des prestataires de services d'investissement » ; « La protection de la caution » ; « La protection des intérêts de la famille : droit des baux et droit du contrat de travail » ; « Copropriété, action en justice et autorisation du syndic ». Par ailleurs, 183 titres et sommaires d'arrêts de cours d'appel ont été publiés au BICC. Une lettre d'information bimensuelle dédiée aux relations avec les cours d'appel a été créée fin 2009, elle est diffusée sur le site intranet de la Cour.

La création de la base Jurica a aussi ouvert des champs nouveaux pour l'exploitation de la jurisprudence des cours d'appel, notamment pour l'université et pour la recherche scientifique. C'est dans cette perspective que le SDER a conclu des partenariats grâce auxquels la base Jurica est mise à disposition des universités ou laboratoires signataires.

Une convention a ainsi été signée avec l'université Paris-X Nanterre et l'Institut de recherche juridique sur l'entreprise et les relations professionnelles UMR CNRS, aux fins de réalisation d'une étude ayant pour objet « le contentieux d'appel sur les discriminations et le harcèlement dans les relations de travail ».

Deux partenariats sont en cours dans le cadre de master II. L'un, signé avec la faculté de droit et de sciences politiques de Clermont-Ferrand, porte sur l'exploitation de la jurisprudence des cours d'appel survenue en droit social. Le second, signé avec l'université Jean-Monnet de Saint-Étienne, concerne l'application du droit international privé en droit de la famille.

Enfin, le pôle d'évaluation de la justice civile, de la direction des affaires civiles et du sésau du ministère de la justice utilise une extraction de décisions de la base Jurica pour tester un outil d'aide à la décision des juges aux affaires familiales en matière de fixation du montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants.

Jurica offre aux étudiants en droit une approche concrète et pratique de l'application de la règle de droit. Pour les chercheurs, elle est la matière première d'études systématiques qui dépassent la science strictement juridique pour aborder toutes les données intervenant dans le processus de création de la jurisprudence.



6

Bureau d'aide juridictionnelle

A - ÉVOLUTION DE L'ACTIVITÉ DU BUREAU D'AIDE JURIDICTIONNELLE DE 2000 à 2009

Années	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Affaires restant à examiner au 01/01	6 571	4 746	3 933	1 907	1 446	2 362	2 763	2 436	2 467	2 901
Affaires reçues	10 555	10 130	10 125	9 478	10 056	10 698	10 829	10 315	9 170	9 677*
Décisions intervenues dans l'année	11 843	10 417	12 151	9 939**	9 140**	10 297**	11 156**	10 284**	8 736**	9 589**
Suppléments d'information	514	507	297	223	151	128	115	103	139	91
Affaires restant à examiner au 31/12	4 746	3 933	1 907	1 446	2 362	2 763	2 436	2 467	2 901	2 989

*dont requêtes diverses (contestations, retrait, rétroactivités) : 28 et retours après admission du recours : 25

**ce total ne comporte plus les décisions de supplément d'information (91 en 2009)

B - DECISIONS INTERVENUES DANS L'ANNEE

Années	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Rejets	4 816	4 337	5 808	4 150	3 494	3 666	4 028	3 728	3 708	4 320
Admissions	2 097	2 451	2 385	1 936	1 879	2 171	2 471	2 343	2 104	2 247
Irrecevabilité et caducité	4 930	3 629	3 958	3 853	3 767	4 460	4 657	4 213	2 924	3 022
Total	11 843	10 417	12 151	9 939	9 140	10 297	11 156	10 284	8 736	9 589

AIDE JURIDICTIONNELLE 2009

Après deux années consécutives de baisse, le nombre des **demandes** d'aide juridictionnelle a sensiblement augmenté en 2009 (+5,52 %). Ce renversement de tendance est probablement dû aux conséquences, sur les ressources des justiciables, des difficultés économiques actuelles. Il affecte toutes les catégories de litiges, mais plus particulièrement le contentieux prud'homal (+19,75 %).

Avec plus d'ampleur encore, le nombre des **décisions rendues** s'est accru de 19,75 %.

Ce pourcentage est bien sûr à mettre en corrélation avec la hausse du nombre des saisines.

Mais son niveau élevé est dû en grande partie à l'accroissement très important des décisions de **caducité** des demandes pour défaut de production par les requérants, dans les délais qui leur sont impartis, des documents nécessaires à l'instruction de leurs dossiers (1 691 en 2009, au lieu de 890 en 2008). Le régime des caducités, instauré par un décret du 26 juillet 2007, semble avoir produit maintenant son plein effet. Le but de la réforme avait été d'accélérer la durée des procédures, en supprimant toute voie de recours, le dispositif supprimant les demandes de nouvelle délibération après rejet des requêtes. Il avait été toutefois prévu que la notification des décisions de caducité ouvrait un nouveau délai pour présenter une deuxième demande, et il était à craindre que cette faculté ne vienne neutraliser l'objectif poursuivi. Pour le moment, le risque n'est pas devenu réalité. Un peu plus de 250 nouvelles demandes seulement ont été enregistrées en 2009, ce qui est beaucoup moins important que le nombre des anciennes demandes de nouvelle délibération. Mais les données du mois de décembre font apparaître une recrudescence des nouvelles demandes après caducité, ce qui donne à penser que cette faculté, prévue par le texte, commence à être mieux connue.

Le nombre des **recours** devant le premier président, qui visent tant les décisions de rejet pour absence de moyen sérieux de cassation que les décisions d'irrecevabilité pour cause de ressources supérieures aux plafonds légaux, est inférieur à celui de l'année 2008 (1 697 au lieu de 1 938), après avoir connu une forte hausse en 2008 par rapport à 2007. Le nombre de recours admis a été de 111, essentiellement pour ceux qui étaient fondés sur le critère des ressources.

Quant au **principe de subsidiarité** de l'aide juridictionnelle par rapport à des mécanismes conventionnels de protection contre les risques de contentieux, introduit dans notre droit par une loi du 19 février 2007, complétée par un décret d'application du 15 décembre 2008, il est encore loin d'être efficient, bien que dans les formulaires de demande d'aide juridictionnelle les requérants soient invités à préciser s'ils bénéficient d'un contrat d'**assurance de protection juridique** ou d'un autre système de protection lié, par exemple, à un contrat de travail. La raison semble devoir en être trouvée principalement dans l'absence d'assurance obligatoire en dehors de quelques cas particuliers comme la conduite de véhicules terrestres à moteur.



7

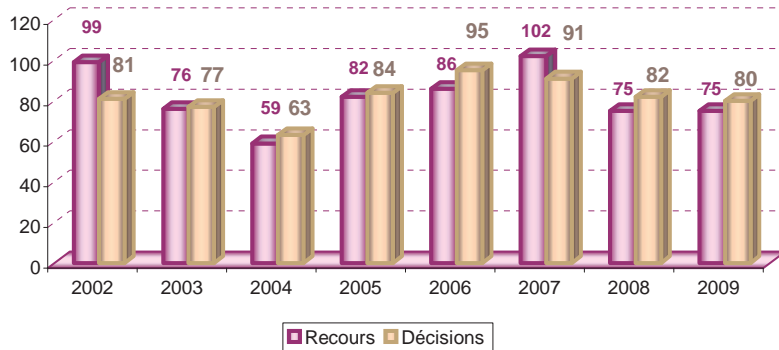
**Commission
nationale
de réparation
des détentions**

**COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS
STATISTIQUES - ANNÉE 2009**

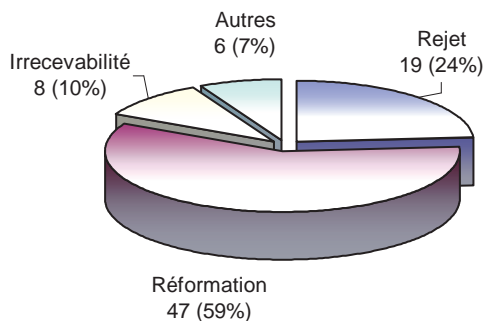
Cours d'appel - Tribunal Supérieur d'appel	Nb de recours enregistrés	Nb de décisions	Rejet	Sens de la décision			
				Réformation		Irrecevabilité	Autres*
				partielle	totale		
AGEN							
AIX EN PROVENCE	11	12	2	6	1	1	2
AMIENS	4	2	1		1		
ANGERS	1						
BASSE-TERRE	1	1	1				
BASTIA	1	2		1			1
BESANCON							
BORDEAUX	5	4		3	1		
BOURGES		1		1			
CAEN							
CHAMERY							
COLMAR	2	1	1				
DIJON	2	3	1		1	1	
DOUAI	9	9		6	1		2
FORT-DE-France							
GRENOBLE	1	1		1			
LIMOGES	1	2	1	1			
LYON	1	3	1			2	
MAMOUDZOU							
METZ							
MONTPELLIER	1						
NANCY	2	1		1			
NIMES	3	4		3	1		
NOUMEA							
ORLÉANS		1			1		
PAPEETE							
PARIS	9	11	5	4	1	1	
PAU	5	4	1	1	1	1	
POITIERS							
REIMS							
RENNES	3	1		1			
RIOM		1		1			
ROUEN	1	4	2		2		
ST DENIS DE LA REUNION	2	1					1
TOULOUSE	5	4		3	1		
VERSAILLES	5	6	3	1	1	1	
COUR DE CASSATION		1				1	
TOTAL	75	80	19 (24%)	34 (43%)	13 (16%)	8 (10%)	6 (7%)

* 5 désistements, 1 expertise médicale.

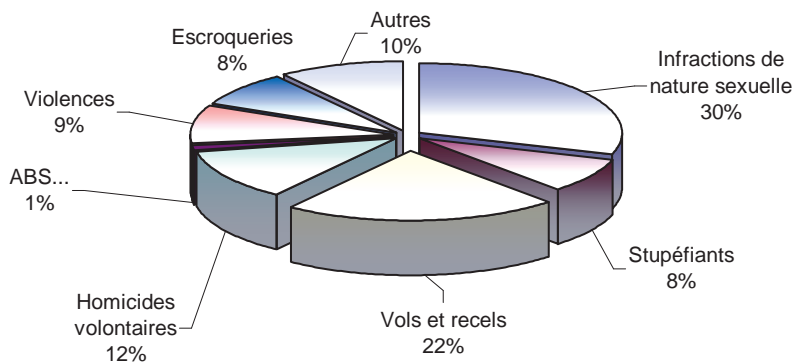
Commission nationale de réparation des détentions de 2002 à 2009



Répartition des décisions par catégorie - année 2009



Répartition des requêtes par infraction poursuivie année 2009



ACTIVITÉ 2009 DE LA COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS

I – ÉTUDE STATISTIQUE DES RECOURS ET DES DÉCISIONS

La commission a enregistré 75 recours en 2009, soit exactement le même nombre qu'en 2008.

La proportion des recours exercés contre les décisions des premiers présidents s'élève à 11,3 %, étant relevé que le nombre de ces décisions est quasiment identique à celui de l'année dernière (661 contre 665).

39 % des recours ont porté sur les décisions de trois premiers présidents (soit, par ordre décroissant, Aix-en-Provence, Paris et Douai).

80 décisions ont été prononcées en 2009, contre 82 en 2008 (8 étaient en cours de délibéré au 31 décembre 2009 pour être prononcées au 18 janvier 2010) et 7 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.

La majorité des appels a été formée par les demandeurs (66 % contre 72 % en 2008), l'agent judiciaire du Trésor ayant exercé un recours, seul ou conjointement, dans 33 % des affaires (26 % en 2008).

À l'instar de l'année dernière, seul un recours a été introduit par un procureur général.

Les décisions prononcées sur le fond ont concerné 75 hommes, dont un mineur, et 5 femmes (80 hommes et 2 femmes en 2008), la moyenne d'âge des demandeurs étant de 35 ans au moment de leur incarcération (36 ans en 2008).

La durée moyenne des détentions indemnisées a été de 297 jours (343 jours en 2008).

Le placement sous écrou a été motivé, dans 51 % des cas, par des crimes ou des délits contre les personnes (infractions de nature sexuelle, violences et homicides volontaires) (48 % en 2008) et, à hauteur de 31 %, par des infractions contre les biens (vols, recels, escroqueries, abus de biens sociaux) (41 % en 2008), étant noté que la proportion des infractions à la législation sur les stupéfiants a augmenté (8 % en 2009 contre 2 % en 2008).

La moyenne des indemnités allouées a été, pour le préjudice matériel, de 3 471 euros (7 309 euros en 2008), soit un total de 277 720 euros (contre 402 029 euros en 2008),

tandis que la moyenne de celles octroyées au titre du préjudice moral a été de 15 940 euros (24 588 euros en 2008) soit un total de 1 275 230 euros (1 352 364 euros en 2008).

La somme globale des indemnités allouées au titre des préjudices matériel et moral s'est donc élevée à 1 552 950 euros (1 754 393 euros en 2008)¹.

La part des rejets est passée de 37 % à 24 % en un an et, corrélativement, celle des réformations a augmenté, passant de 44 % à 59 %.

Comme pour l'année 2008, 10 % des recours ont été déclarés irrecevables en 2009. 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 7,23 mois (7,66 mois l'année dernière).

Au 31 décembre 2009, 14 dossiers étaient en cours d'instruction (dont 1 en cours d'expertise).

II – ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE

La stabilité relevée dans l'étude statistique peut être observée également à l'occasion de l'examen de la jurisprudence de la commission.

Pour l'essentiel, celle-ci a appliqué les solutions dégagées au cours des années qui ont suivi l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions issues des lois des 15 juin et 30 décembre 2000, et qui ont été étudiées dans les rapports annuels précédents.

L'année 2009 a néanmoins permis à la commission de préciser un certain nombre de points, pour la plupart d'ordre procédural.

A – Le droit à réparation

Dans une décision du 12 octobre 2009², la commission a jugé que la personne décédée avant l'expiration des droits à recours contre la décision par laquelle a été prononcé par la cour d'assises d'appel son acquittement n'a pu transmettre un droit à indemnisation des préjudices résultant de la détention dont elle n'était pas titulaire à la date de son décès. La demande formée par ses héritiers est dès lors irrecevable.

1. 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.

2. Com. nat. de réparation des détentions, 12 octobre 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 5, 09 CRD 017.

Cette décision se situe dans la droite ligne de la doctrine de la commission, laquelle avait antérieurement, dans une hypothèse de fait inverse, considéré que le délai de six mois prévu par l'article 149-2 du code de procédure pénale pour saisir le premier président de la cour d'appel d'une requête en réparation, délai calculé selon ce texte, à compter de la décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive, courait, s'agissant d'un arrêt d'acquiescement susceptible d'être frappé d'un pourvoi en cassation par le ministère public sur le fondement de l'article 597 du même code, à compter de l'expiration du délai de pourvoi, soit cinq jours francs après le prononcé de la décision³. Une requête en réparation introduite dans le délai de six mois à compter de cette dernière date avait dès lors été jugée recevable.

De même, il avait été énoncé que la personne ayant été placée en détention provisoire dans une procédure terminée à son égard par une décision d'acquiescement n'était pas titulaire de l'action en réparation résultant de l'article 149 du code de procédure pénale, qu'elle ne pouvait dès lors transmettre à ses héritiers, si, au moment de son décès, cette décision n'était pas devenue définitive, en raison de l'appel du ministère public⁴.

B – L'étendue de la réparation

Selon une jurisprudence constante, les honoraires d'avocat ne sont pris en compte, au titre du préjudice causé par la détention, que s'ils rémunèrent des prestations directement liées à la privation de liberté et aux procédures engagées pour y mettre fin⁵. Si la facture d'honoraires énumère de façon détaillée les prestations effectuées pour obtenir la libération du demandeur, ainsi que leur coût, la commission admet le remboursement de tels frais de défense⁶.

Par contre, dès lors que ni une convention d'honoraires, ni une facture établie le lendemain, soit plusieurs mois avant la fin de l'incarcération de l'intéressé, ne permettent d'identifier les dépenses supportées par celui-ci au titre des frais de défense directement et exclusivement liés à la détention subie, la décision du premier président, qui a cru pouvoir évaluer, à partir de pièces non détaillées, le coût afférent à une demande de mise en liberté, ne peut qu'être réformée⁷.

3. Com. nat. de réparation des détentions, 6 mai 2003, *Bull. crim.* 2003, CNRD, n° 6, 02 CRD 082.

4. Com. nat. de réparation des détentions, 17 novembre 2008, *Bull. crim.* 2008, CNRD, n° 6, 08 CRD 020.

5. Com. nat. de réparation des détentions, 21 janvier 2008, 07 CRD 048; Com. nat. de réparation des détentions, 21 janvier 2008, 07 CRD 049.

6. Com. nat. de réparation des détentions, 21 janvier 2008, 07 CRD 062.

7. Com. nat. de réparation des détentions, 7 décembre 2009, 09 CRD 037, en cours de publication.

C – Les conditions du recours devant la commission nationale de réparation des détentions

S'agissant des titulaires du droit à recours, selon l'article R. 40-4, alinéa premier, du code de procédure pénale, les décisions du premier président de la cour d'appel peuvent faire l'objet d'un recours devant la commission nationale de réparation des détentions de la part du demandeur, de l'agent judiciaire du Trésor et du procureur général près la cour d'appel. Il en résulte qu'un membre de la famille du demandeur n'a pas qualité pour former un recours pour le compte du demandeur, et qu'un tel recours est dès lors irrecevable⁸.

S'agissant des conditions d'exercice du recours, la commission a d'abord précisé que, selon l'article R. 40-4 du code de procédure pénale, le recours devant la commission nationale de réparation des détentions se fait par déclaration remise au greffe de la cour d'appel. Il s'ensuit que, lorsqu'un avocat déclare substituer un confrère pour exercer le recours, c'est l'avocat déclarant, qui procède à la remise au greffe, qui doit signer la déclaration⁹.

Par ailleurs, les articles 641 et 642 du code de procédure civile ont été jugés applicables à la computation du délai du recours formé devant la commission nationale¹⁰. En effet, celle-ci, en vertu de l'article 149-4 du code de procédure pénale, statue en tant que juridiction civile. En conséquence, il a été considéré que le délai de dix jours imparti au demandeur pour former un recours devant la commission nationale commence à courir le lendemain de la notification et expire le dernier jour à 24 heures.

Enfin, il a été précisé la portée des dispositions de l'article R. 40-8 du code de procédure pénale, selon lesquelles, lorsque l'auteur du recours est le demandeur ou l'agent judiciaire du Trésor, le secrétaire de la commission nationale demande à celui-ci, dans un délai de quinze jours à compter de la réception du dossier et par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, de lui adresser ses conclusions dans le délai d'un mois. La commission avait jugé antérieurement que des conclusions adressées au greffe après l'expiration de ce délai devaient être déclarées irrecevables, une telle sanction étant justifiée tant par les dispositions de l'article susvisé que par le respect du principe de la contradiction et proportionnée à son but¹¹. La question s'est posée de savoir quelle solution devait être adoptée lorsque la lettre recommandée adressée par le greffe n'était pas parvenue à son destinataire. La commission a énoncé qu'il résulte des dispositions combinées des articles 669, alinéa 3, et 670-1 du code de procédure civile que, lorsque la lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au demandeur, en application de l'article R. 40-8 du code de procédure pénale, pour qu'il adresse ses conclusions dans le délai d'un mois, n'a pas été réclamée par son destinataire et que l'agent judiciaire du Trésor n'a pas procédé par voie de

8. Com. nat. de réparation des détentions, 29 juin 2009, *Bull. crim.* 2009, CNRD, n° 3, 09 CRD 008.

9. Com. nat. de réparation des détentions, 9 novembre 2009, 09 CRD 034, en cours de publication.

10. Com. nat. de réparation des détentions, 29 juin 2009, *Bull. crim.* 2009, CNRD, n° 1, 08 CRD 066.

11. Cf. par exemple : Com. nat. de réparation des détentions, 10 janvier 2006, *Bull. crim.* 2006, CNRD, n° 2, 05 CRD 052 ; Com. nat. de réparation des détentions, 14 décembre 2005, *Bull. crim.* 2005, CNRD, n° 18, 05 CRD 039.

signification, les conclusions adressées postérieurement à l'expiration du délai ne sont pas tardives, le délai prescrit n'ayant pas commencé à courir¹².

D – Les décisions de la commission nationale ne sont susceptibles d'aucun recours

La commission a rappelé que les décisions de la commission nationale d'indemnisation ne sont susceptibles d'aucun recours de quelque nature que ce soit. Dès lors, un recours en révision formé sur le fondement de l'article 593 du code de procédure civile, et alléguant que la décision de la commission nationale avait été surprise par la fraude, doit être déclaré irrecevable¹³.

Dans cette espèce, la décision frappée d'un recours en révision était antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000 et émanait donc de l'ancienne commission nationale, dite d'indemnisation, mais la solution serait la même sous l'empire des nouveaux textes, l'article 149-3 du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de ladite loi, disposant expressément que les décisions de la commission nationale de réparation des détentions ne sont susceptibles d'aucun recours, de quelque nature que ce soit.

III – ÉTAT DE LA LÉGISLATION

La commission, dans le *Rapport annuel de la Cour de cassation* de l'année 2008, avait émis le souhait que la possibilité de recourir à la vidéoconférence lui soit offerte afin de procéder à l'audition d'un demandeur incarcéré.

Ce vœu a été entendu par le législateur qui, par l'article 93 de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, a modifié l'article 706-71 du code de procédure pénale. Cet article prévoit désormais l'utilisation de moyens de télécommunication audiovisuelle devant le premier président de la cour d'appel statuant sur les demandes de réparation d'une détention provisoire et devant la commission nationale de réparation des détentions.

12. Com. nat. de réparation des détentions, 29 juin 2009, *Bull. crim.* 2009, CNRD, n° 2, 09 CRD 001.

13. Com. nat. de réparation des détentions, 29 juin 2009, *Bull. crim.* 2009, CNRD, n° 4, 08 CRD 047.



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
2009	135	100	2		34	3	139	93
TOTAL	2848	1757	52	16	856	74	2755	

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		1	2	
2002	3		3		1	1
2003			2		1	
2004	2					
2005	1	2	2			
2006	8		2	1	2	1
2007	2		4			
2008	4		1		2	1
2009	1	2	1		3	
TOTAUX	66	8	39	4	26	3
	74		43		29	

ACTIVITÉ 2009 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 2009, la commission a été saisie de 135 nouvelles requêtes.

Sur un total de 139 décisions, la commission a rendu 100 décisions d'irrecevabilité, 34 décisions de rejet et elle a transmis 3 demandes de révision, dont 2 en matière criminelle et 1 en matière correctionnelle, à la chambre criminelle.

Les affaires restant à examiner sont au nombre de 97 ; parmi celles-ci 11 sont en attente de pièces, 48 sont en cours d'instruction chez les conseillers désignés comme rapporteurs, 38 affaires sont fixées aux audiences du premier trimestre 2010.

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 cours 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.

En revanche, dans un autre dossier, objet d'une demande de révision en cours d'examen, tous les scellés, y compris l'arme du crime, ont été détruits.

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 les plus 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
2009	0	1	1	1					1	0
Total		48		15		(1)	7	26	48	

ACTIVITÉ 2009 DE LA COMMISSION DE RÉEXAMEN

En 2009, la commission n'a eu à connaître que d'une seule requête présentée par une personne condamnée le 13 mars 2002 par la cour d'appel de Lyon.

Cette requête a été déclarée irrecevable : le requérant n'ayant pas saisi lui-même la Cour européenne des droits de l'homme.

En effet seul son frère, coprévenu, avait saisi cette dernière juridiction qui a statué le 13 mai 2009.

Le petit nombre des requêtes dans les dernières années, alors que la France a fait l'objet de plusieurs condamnations en matière pénale par la Cour européenne des droits de l'homme, peut s'expliquer de plusieurs manières : les requérants obtiennent satisfaction sur le plan financier ou se contentent d'une victoire morale ou encore redoutent un nouveau procès qui leur fait courir le risque d'une aggravation de la peine.



10

**Relations
internationales**

RELATIONS INTERNATIONALES 2009

A) RELATIONS BILATÉRALES

I – Conventions de jumelage

Convention de jumelage avec la Cour suprême du Bénin (25 septembre 2003)

Le 16 septembre, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, et M. Jean-Louis Nadal, procureur général près ladite Cour, se sont entretenus avec M. Saliou Aboudou, président de la Cour suprême du Bénin, de la coopération entre les deux Cours.

Au cours de l'année, au titre de la convention de jumelage avec la Cour suprême du Bénin, la Cour de cassation a ainsi reçu en visite de travail, du 29 juin au 10 juillet, quatre informaticiens, du 19 au 30 octobre, cinq magistrats, et, du 7 au 18 décembre, deux greffiers.

Convention de jumelage avec la Cour de cassation d'Égypte (14 mai 2001)

Le 1^{er} décembre, une délégation de la Cour de cassation égyptienne, conduite par son premier président, M. Adel Abdel Hamid, a été reçue par M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation. Cette délégation a participé, le 2 décembre, à une réunion de travail sur le service de documentation et d'études de la Cour de cassation et sur la dématérialisation.

Convention de jumelage avec la Cour suprême d'Israël (24 septembre 2009)

Le 24 septembre, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, a signé en présence de M. Shlomo Levin, vice-président de la Cour suprême d'Israël, représentant Mme Dorit Beinisch, sa présidente, une convention de jumelage avec ladite Cour.

Convention de jumelage avec la Cour suprême de Lituanie (28 février 2007)

Avec le concours de l'ambassade de France, Mme Catherine Bolteau-Serre, magistrat chargé des relations internationales auprès du premier président de la Cour de cassation, s'est rendue, du 15 au 18 juin, en Lituanie, pour y rencontrer notamment le président et les magistrats de la Cour suprême et organiser les prochains échanges entre les deux Cours.

Convention de jumelage avec la Cour suprême du Maroc (5 septembre 1995)

Le 9 novembre s'est tenu, en Grand'chambre de la Cour de cassation, un colloque ayant pour thème : « Les enjeux de la nationalité dans les relations franco-marocaines ». Participaient à ce colloque M. Mustapha Maddah, procureur général du roi près la Cour suprême du royaume du Maroc, ainsi que plusieurs magistrats de ladite Cour.

Convention de jumelage avec la Cour suprême de la République dominicaine (29 juin 2004)

Le 23 novembre, une délégation de la Cour suprême de la République dominicaine, conduite par son président, M. Jorge Subero Isa, a été reçue à la Cour de cassation par M. Vincent Lamanda, premier président.

Convention de jumelage avec la Cour suprême du Sénégal (21 mai 1999)

Le 25 novembre, M. Papa Oumar Sakho, président de la Cour suprême du Sénégal, et M. Mamadou Badio Camara, secrétaire général de la Cour suprême, se sont successivement entretenus avec M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, et M. Jean-Louis Nadal, procureur général près ladite Cour.

Du 7 au 12 décembre, trois magistrats de la Cour suprême du Sénégal ont fait un stage au service de documentation et d'études de la Cour de cassation, sous la direction de M. Bertrand Louvel, président de chambre, directeur du service.

Convention de jumelage avec la Cour suprême d'Ukraine (8 juillet 2009)

Le 8 juillet, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, a reçu une délégation ukrainienne conduite par M. Vassyl Onopenko, président de la Cour suprême d'Ukraine. La journée d'échanges s'est achevée par la signature d'une convention de jumelage, en présence de M. Jean-Louis Nadal, procureur général près la Cour de cassation, et de Son Excellence M. Kostiantyn Tymoshenko, ambassadeur d'Ukraine en France.

II – Europe

Autriche

Du 7 au 9 mai, M. Jean-Pierre Gridel, conseiller doyen à la première chambre civile de la Cour de cassation, était invité à la faculté de droit de l'université de Salzbourg (Autriche), pour participer à une conférence sur le droit civil français, à l'occasion des « Journées du droit français ».

Belgique

Le 7 mai, une journée d'échanges entre la deuxième chambre de la Cour de cassation belge et la chambre criminelle de la Cour de cassation française a été organisée en Grand'chambre de la Cour. Dix-neuf magistrats belges et vingt et un magistrats français ont participé aux débats qui ont porté sur le contrôle de la motivation des décisions rendues par les juridictions répressives, le mandat d'arrêt européen, la place du ministère public dans l'instance de cassation ou encore le droit de la preuve et la sanction des nullités.

Bulgarie

Le 25 mai, Mme Claire Favre, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation, et Mme Cécile Petit, premier avocat général à la Cour, ont reçu M. Lasar Georgiev Gruiev, président de la Cour suprême de cassation de Bulgarie.

Espagne

Du 13 au 16 octobre 2009, M. Didier Boccon-Gibod, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, a représenté M. Jean-Louis Nadal, procureur général près ladite Cour, à une conférence internationale organisée par le procureur général d'État, M. Cándido Conde-Pumpido Tourón, en Galice, sur le thème du parquet européen.

Du 19 au 23 octobre, deux magistrats espagnols ont fait une visite d'étude à la Cour de cassation, au titre d'un programme de formation continue dispensée sur le thème d'une étude comparée des systèmes judiciaires à travers le langage juridique, à la demande du Conseil général du pouvoir judiciaire espagnol.

Du 27 au 31 octobre 2009, M. Yves Charpenel, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, a participé au 53^e congrès de l'Union internationale des avocats, organisé par M. Juan Antonio Cremades, avocat aux barreaux de Paris et de Madrid, ancien membre du conseil de l'ordre et actuellement membre du conseil de l'ordre de Madrid. M. Yves Charpenel est intervenu à deux reprises, sur le thème de l'efficacité des solutions répressives face au crime organisé et sur la situation de l'avocat devant la justice chinoise actuelle.

Italie

Du 26 au 27 juin, M. Jean-Pierre Gridel, conseiller doyen à la première chambre civile de la Cour de cassation, a participé à un colloque de l'Académie des privatistes européens à Pavie (Italie), dans la perspective de l'unification du droit européen et aux fins de la rédaction du projet d'un « Code européen des contrats ».

Le 11 septembre 2009, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, a reçu M. Giovanni Caracciolo di Vietri, nouvel ambassadeur d'Italie en France.

Pays-Bas

Le 20 mai, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, a assisté, à l'ambassade des Pays-Bas en France, en présence de Son Excellence M. Hugo Siblesz, ambassadeur de Sa Majesté la reine des Pays-Bas, à la présentation de l'ouvrage *Droit pénal européen* par leurs auteurs, M. Geert Corstens, président de la Cour suprême des Pays-Bas, M. Jean Pradel, professeur émérite à l'université de Poitiers, et M. Gert Vermeulen, professeur à l'université de Gand.

Pologne

Les 8 et 9 octobre, M. Jean-Louis Gillet, président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, s'est rendu à Cracovie pour participer à une conférence sur la protection des droits fondamentaux dans la justice civile, organisée par l'Institut pour le droit en Europe de l'université d'Osnabrück, sous le haut patronage de Son Excellence M. le professeur Andrzej Zoll, ancien président de la Cour constitutionnelle de Pologne.

Roumanie

Du 16 au 20 février, à la demande du service des affaires européennes et internationales du ministère de la justice, M. Michel Arnould, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation et membre de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, et M. Louis Di Guardia, premier avocat général à la chambre criminelle de ladite Cour et représentant du ministère public devant la Cour de justice de la République, se sont rendus en Roumanie pour participer à une mission d'expertise et d'assistance aux autorités roumaines, afin d'élaborer un projet de loi tendant à définir les règles d'exercice des poursuites pour corruption ou délits similaires reprochés aux ministres.

Du 23 au 25 mars 2009, M. Louis Di Guardia, premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, a représenté M. Jean-Louis Nadal, procureur général près ladite Cour, au 3^e sommet mondial des procureurs généraux et procureurs en chef qui s'est tenu à Bucarest. Cette troisième conférence, organisée sous les auspices du bureau des Nations unies pour le contrôle des drogues et la prévention du crime, avait pour thème général : « Le procureur général – le pilier du système contemporain de la justice pénale ».

Royaume-Uni

Le 2 octobre, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, a rencontré M. Jack Straw, Lord Chancelier, ministre de la justice du Royaume-Uni, à l'ambassade du Royaume-Uni à Paris.

Du 8 au 10 octobre, M. Alain Lacabarats, président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, M. Bertrand Louvel, président de chambre, directeur du service de documentation et d'études de la Cour de cassation, et M. Bernard Travier, chargé de mission auprès du premier président de la Cour de cassation, se sont rendus à Oxford pour participer à un colloque sur l'enseignement et la recherche en droit français au Royaume-Uni et en Irlande, à l'invitation de la Maison française d'Oxford.

Les 15 et 16 octobre, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, s'est rendu à Londres, pour participer à la réunion du réseau des Cours suprêmes de l'Union européenne et à l'inauguration officielle de la Cour suprême du Royaume-Uni.

Russie

Le 10 septembre, une délégation de la Cour de Saint-Petersbourg a été accueillie à la Cour de cassation.

Du 17 au 23 septembre, M. Vincent Vigneau, conseiller référendaire à la Cour de cassation, chargé de mission auprès du premier président, s'est rendu à Stravropol, pour participer au 6^e colloque franco-russe organisé par le Conseil supérieur du notariat et la Chambre fédérale des notaires de Russie, sur le double thème du droit successoral français et de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information dans la profession notariale. M. Vincent Vigneau y a exposé le développement, à la Cour de cassation, du bureau virtuel et la mise en œuvre, depuis juillet 2008, de la dématérialisation des procédures en matière civile.

Du 12 au 18 octobre, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, a reçu la visite de M. Youri Sidorenko, président du Conseil des juges de la Fédération de Russie.

Ukraine

Le 14 janvier, M. Jean-Pierre Dumas, président du bureau d'aide juridictionnelle, a reçu une délégation ukrainienne composée du vice-ministre de la justice d'Ukraine et de la directrice du Centre de réformes juridiques et judiciaires au ministère de la justice d'Ukraine.

Le 3 avril, Mme Françoise Nési, conseiller référendaire à la troisième chambre civile de la Cour de cassation, a participé, à Kiev, à une table ronde coorganisée par l'ambassade de France et le ministère de la justice d'Ukraine, sur le thème : « Le juge et le droit européen de l'environnement ».

III – Afrique

Cameroun

Du 11 au 15 mai, quatre magistrats de la Cour suprême du Cameroun ont fait une visite de travail à la Cour de cassation. M. Dipanda Mouelle, président de la Cour suprême, en visite en France, s'est entretenu le 13 mai avec M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation.

Gabon

Le 3 juin, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, et M. Jean-Louis Nadal, procureur général près la Cour de cassation, ont successivement reçu Mme Pierrette Djouassa, ministre gabonais chargé de la justice.

Madagascar

Le 14 décembre, M. Martin Randrianoely, secrétaire général du Conseil supérieur de la magistrature de Madagascar, a été reçu par Mme Sylvie Menotti, secrétaire général de la première présidence de la Cour de cassation, et M. Peimane Ghaleh-Marzban, secrétaire général du parquet général de la Cour de cassation. M. Randrianoely a ensuite rencontré M. Jean-François Weber, président de chambre et membre du Conseil supérieur de la magistrature, puis M. Jean-Louis Nadal, procureur général près la Cour de cassation.

Mali

Du 23 février au 6 mars, M. Mama Sininta, secrétaire général de la Cour suprême du Mali, a fait un stage au service de documentation et d'études de la Cour de cassation.

Le 20 juillet, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, a reçu en entretien Mme Diallo Kaïta Kayentao, président de la Cour suprême du Mali.

Tunisie

Une délégation de sept magistrats tunisiens a été reçue, du 26 au 30 janvier, à la Cour de cassation, au titre du projet d'appui à la modernisation du système judiciaire tunisien financé par l'Union européenne.

Le 27 février, M. Tony Moussa, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, a participé à un séminaire en Tunisie, sur le thème : « Droit civil, droit commercial, référés et procédures rapides », au titre du projet d'appui à la modernisation du système judiciaire tunisien financé par l'Union européenne.

Le 16 mars, une délégation de treize magistrats tunisiens : six magistrats du siège, trois magistrats du parquet et quatre magistrats chargés de la coopération internationale, a été reçue à la Cour de cassation. Une visite de la Cour de cassation a clos un entretien organisé selon la spécialité des membres des trois groupes ainsi constitués.

Du 26 au 29 mars, M. Yves Charpenel, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, s'est rendu à Tunis pour participer à un séminaire de formation à destination des professionnels du droit, organisé dans le cadre du projet d'appui à la modernisation de la justice, financé par la Commission européenne, sur le thème de la lutte contre le blanchiment.

Le 12 juin, à la demande du service international du Conseil d'État, M. Alain Lacabarats, président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, alors directeur du service de documentation et d'études de la Cour, a reçu en entretien trois magistrats administratifs tunisiens, en stage au Conseil d'État, afin de présenter le service.

Le 26 novembre, une délégation tunisienne composée de cinq magistrats du Tribunal administratif de Tunis, reçue au Conseil d'État dans le cadre d'un contrat de jumelage passé entre le Tribunal administratif de Tunis et le Conseil d'État, s'est entretenue avec M. Alain Lacabarats, président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, M. Arnaud Borzeix et M. Luc Briand, auditeurs au service de documentation et d'études de la Cour.

IV – Amériques

Brésil

Le 2 avril, M. Carlos Gustavo Direito, juge de la Cour de justice de l'État de Rio de Janeiro, et Mme Patricia Laydner, magistrat brésilien, ont été reçus à la Cour de cassation pour un entretien avec M. Pierre Sargos, président de chambre.

Du 25 au 29 mai, M. Vincent Vigneau, conseiller référendaire, chargé de mission auprès du premier président, a participé à un colloque international qui s'est tenu à Porto Alegre (Brésil), sur le thème : « Droit français et droit brésilien : perspectives nationales et comparées », réunissant chercheurs et praticiens français et brésiliens autour de plusieurs thèmes d'intérêt commun.

Le 14 octobre 2009, Mme Françoise Calvez, auditrice au service de documentation et d'études de la Cour de cassation, a reçu M. George Augusto Niaradi, président de la commission du commerce extérieur et des relations internationales de l'ordre des avocats du Brésil et membre du barreau de São Paulo. Cette visite était organisée par le ministère des affaires étrangères et le ministère de la justice français, dans le cadre du programme dit « des personnalités d'avenir ». L'entretien portait notamment sur le thème de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

États-Unis

Le 5 mars, M. Juscelino Colares, professeur de l'université de Syracuse (État de New York), accueilli pendant un an au Conseil constitutionnel, s'est entretenu avec Mme Claire Favre, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation, puis avec M. Renaud Salomon, conseiller référendaire à ladite chambre.

Le 11 septembre, Mme Janice Holder, président de la Cour suprême de l'État du Tennessee, s'est entretenue avec M. Alain Lacabarats, président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, et Mme Béatrice de Beaupuis, avocat général à la Cour.

V – Asie

Afghanistan

Le 5 novembre, une quinzaine de représentants des plus hautes instances judiciaires afghanes a été reçue à la Cour de cassation au titre d'une visite d'études à l'École nationale de la magistrature ayant pour objectif de faire connaître le système judiciaire pénal français. Les magistrats afghans se sont entretenus avec M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, et M. Christian Raysséguier, premier avocat général à la Cour de cassation.

Chine

Le 21 janvier, dans le cadre d'un cycle organisé par l'École nationale de la magistrature sur le thème « Connaissance de la justice française », une délégation de magistrats chinois a visité la Cour de cassation.

Inde

Le 18 mars a été reçue à la Cour de cassation une délégation de quatre professeurs indiens, venue à Paris pour participer aux rencontres franco-indiennes organisées par la section Asie de la Société de législation comparée, en partenariat avec la Fondation de la

maison des sciences de l'homme, l'École normale supérieure et l'Indian Council of Social Sciences Research, sur le thème général : « Droit et mondialisation ».

Indonésie

Le 23 juin, une délégation de sept magistrats d'Indonésie, en stage au service des affaires européennes et internationales du ministère de la justice sur le thème de la résolution alternative des conflits, a été reçue par M. Gérard Pluyette, conseiller doyen de la première chambre civile de la Cour de cassation, pour un entretien sur la médiation et l'arbitrage.

Japon

Le 26 janvier, M. Jean-Pierre Dumas, président du bureau d'aide juridictionnelle, s'est entretenu avec une délégation d'avocats japonais du barreau d'Osaka, conduite par M^e Aimé Mandel, avocat au barreau de Paris, sur le thème de l'aide juridictionnelle.

Le 3 mars, M. Jean-Louis Gillet, président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, et M. Jean-François Weber, président de chambre maintenu en activité, ont reçu une délégation de trois magistrats japonais, pour un entretien sur le contentieux civil.

Le 23 mars, M. Pierre Sargos, président de chambre, M. Christian Charruault, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation, Mme Marielle Cohen-Branche, conseiller en service extraordinaire à la chambre commerciale de la Cour de cassation, et M. Jean-Paul Meurice, secrétaire du comité de la médiation bancaire à la Banque de France, ont reçu une délégation de trois magistrats et un professeur japonais, pour une réunion de travail sur l'intérêt au taux légal.

Le 23 avril, M. Louis Di Guardia, premier avocat général à la Cour de cassation, a reçu une délégation de trois magistrats japonais, pour une réunion de travail sur les dispositions concernant l'interception par la voie des télécommunications (écoutes téléphoniques).

Le 27 avril, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, a reçu une délégation japonaise conduite par M. Ono, directeur de l'Institut national des études judiciaires japonais, pour une réunion de travail à laquelle ont participé notamment M. Jean-Louis Nadal, procureur général près la Cour de cassation, et M. Pierre Sargos, président de chambre.

Le 10 juin, à l'occasion de son départ, Son Excellence M. Yutaka Imura, ambassadeur du Japon en France, a fait ses adieux à M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation.

Le 28 juillet, Son Excellence M. Yasuo Saito, nouvel ambassadeur du Japon en France, a rendu une visite de courtoisie à M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation.

Kazakhstan

Le 11 juin, une délégation de magistrats du Kazakhstan, en stage à l'École nationale de la magistrature du 2 au 12 juin sur le thème : « Découverte de la justice française », a visité la Cour de cassation.

Philippines

Le 30 mars, Mme Catherine Bolteau-Serre, magistrat chargé des relations internationales auprès du premier président de la Cour de cassation, a reçu Mme Alicia Austria-Martinez, juge à la Cour suprême des Philippines, Mme Maria Angela Ponce, consul des Philippines en France, et Mme Anika Fernandez, attachée à l'ambassade des Philippines à Paris.

Singapour

Le 2 avril, Mme Jean Ho, enseignant-chercheur à Singapour, en stage au Conseil d'État, a été reçue à la Cour de cassation pour un entretien avec M. Pierre Sargos, président de chambre.

VI – Moyen-Orient

Arabie saoudite

Le 30 novembre et le 1^{er} décembre, une délégation de hauts magistrats d'Arabie saoudite a été reçue à la Cour de cassation, dans le cadre d'un stage sur le fonctionnement de la justice en France qui se déroulait du 30 novembre au 11 décembre.

Irak

Le 16 mars, à l'initiative de l'École nationale de la magistrature, une délégation de magistrats irakiens a été accueillie à la Cour de cassation. Ces magistrats ont été reçus notamment par M. Gilles Straehli, conseiller à la chambre criminelle, en présence de M. Samuel Vuelta-Simon, directeur adjoint de l'École nationale de la magistrature, de Mme Violaine Villemeur, sous-directrice de la gouvernance démocratique à la direction générale de la coopération internationale et du développement, représentant du ministère des affaires étrangères et européennes, de M. Éric Maitrepierre, chef du service des affaires européennes et internationales, de M. Benoît Descoubes, chef de bureau à la direction de la protection judiciaire de la jeunesse, de Son Excellence M. Mowafak Abboud, ambassadeur d'Irak en France, et d'un représentant de la mission EUJUST LEX.

Le 19 novembre, à la demande de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), une délégation gouvernementale irakienne composée de ministres, juges et hauts fonctionnaires du gouvernement irakien a été reçue à la Cour de cassation.

Israël

Du 22 au 26 mai, une délégation composée notamment de M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, de M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'état, et de M. Jean-Louis Debré, président du Conseil constitutionnel, s'est rendue en Israël pour participer aux rencontres judiciaires franco-israéliennes, à l'invitation de Mme Dorit Beinisch, présidente de la Cour suprême d'Israël.

Du 18 au 22 octobre, M. Philippe Castel, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation, a participé à un voyage d'étude en Israël, organisé sous l'égide de la Fondation France Israël.

Jordanie

Le 6 juillet, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, a reçu une délégation jordannienne conduite par M. Isma l Oumari, président de la Cour de cassation de Jordanie. M. Isma l Oumari, M. Mansour Hadidi, directeur de l'Institut d'études judiciaires en Jordanie, et M. Ammar Husseini, juge à la Cour de cassation de Jordanie, ont rencontré M. Alain Lacabarats, président de la troisième chambre civile, et Mme Isabelle Goanvic, adjoint au directeur du service de documentation et d'études, pour une réunion de travail sur ce service.

Liban

Le 9 juillet, M. Ghaleb Ghanem, premier président de la Cour de cassation libanaise et président de l'AHJUCAF, a été reçu par M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, en la présence de M. Jean-Louis Gillet, président de la deuxième chambre civile et secrétaire général de l'AHJUCAF. Il a été reçu le même jour par M. Jean-Louis Nadal, procureur général près la Cour de cassation, en la présence de M. Yves Charpenel, avocat général.

Le 25 novembre, M. Christian Raysséguier, premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, a reçu six procureurs généraux de cours d'appel libanais, à la demande du parquet près le tribunal de grande instance de Paris et de la Mission interministérielle de lutte contre la drogue et la toxicomanie.

VII – Océanie

Du 15 au 18 juin, M. Jean-François Weber, président de chambre, a représenté M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, à la 18  conférence judiciaire du Pacifique,   Papeete. Cette conférence réunit, tous les deux ans, les présidents des Cours suprêmes du Pacifique, pour discuter des questions d'intérêt commun. Cette année, la réunion avait pour thème essentiel les litiges fonciers dans la région pacifique.

VIII – Organisations ou associations internationales, juridictions internationales

ACOJURIS

Le 7 janvier, Mme Magali Ingall-Montagnier s'est rendue à Bratislava (Slovaquie) pour participer à une réunion de travail des experts pour la création d'un lexique juridique franco-slovaque.

Dans le cadre d'un projet intitulé « Renforcement des capacités du ministère de la justice – Soutien à la professionnalisation » au Liban, soutenu par la Commission européenne, M. Gilles Straehli, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation, et M. Yves Charpenel, avocat général près ladite chambre, ont assuré à Beyrouth un premier séminaire de formation générale en droit pénal et procédure pénale, du 12 au 16 janvier, puis un second séminaire à destination des futurs formateurs eux-mêmes, du 4 au 8 mai.

Du 25 au 29 mai, M. Tony Moussa, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, s'est rendu au Liban pour participer à un séminaire de formation générale de magistrats libanais en droit civil et procédure civile.

Association des juristes franco-britanniques

Le 20 novembre, Mme Monique Radenne, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation, s'est rendue à Belfast (Irlande du Nord), à l'invitation de l'Association des juristes franco-britanniques, pour participer à une conférence sur le thème du mandat d'arrêt européen.

Cour de justice des Communautés européennes

Du 29 au 31 mars, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, s'est rendu au Luxembourg, à la Cour de justice des Communautés européennes, à l'invitation de M. Vassilios Skouris, son président, pour participer à un symposium réunissant les présidents des Cours constitutionnelles et suprêmes des États membres de l'Union européenne, sur le thème : « Réflexion autour de la procédure préjudicielle ».

Académie de droit européen (ERA)

Le 6 juin, Mme Catherine Bolteau-Serre, magistrat chargé des relations internationales auprès du premier président, a représenté M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, à la 18^e réunion du Comité consultatif de l'ERA, à Trèves (Allemagne).

Les 15 et 16 octobre, Mme Monique Radenne, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation, a représenté M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, à un séminaire sur le terrorisme, à Trèves (Allemagne).

Union pour la Méditerranée

Le 2 février, M. Iskandar Ghattas, député égyptien, membre de la commission des relations extérieures de l'Assemblée du peuple et ancien secrétaire général de la Conférence des ministres francophones de la justice, a rencontré, à la Cour de cassation, Mme Catherine Bolteau-Serre, magistrat chargé des relations internationales auprès du premier président, au titre de l'organisation d'une deuxième édition de la convention des juristes de la Méditerranée en Égypte, qui s'est effectivement tenue en octobre 2009, et à laquelle a participé M. Guillaume Adreani, greffier à la Cour de cassation, assistant de l'AHJUCAF. Était présent à l'entretien M. Jean-Marc Baïssus, directeur général de la Fondation pour le droit continental.

IX – Conférences organisées sur le droit européen et international et sur le droit comparé

Du 27 au 29 avril, trente-cinq professionnels francophones se sont réunis en Grand'chambre de la Cour de cassation, pour participer à une formation sur le thème de la justice transitionnelle, à la demande du ministère des affaires étrangères et européennes (MAEE).

B) RÉSEAUX

I – Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne (www.reseau.presidents.eu)

Le 18 mai, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, s'est rendu à Copenhague (Danemark) pour participer à la réunion du bureau de l'Association des présidents des Cours suprêmes judiciaires d'Europe.

Au cours de cette réunion, les membres du bureau ont confirmé la tenue d'une conférence sur l'indépendance de la justice, à Dublin (Irlande), le 19 mars 2010.

II – Réseau des procureurs généraux ou institutions équivalentes près les Cours suprêmes judiciaires des États membres de l'Union européenne

Le 6 février, à l'initiative de M. Jean-Louis Nadal, procureur général près la Cour de cassation, et grâce au soutien de la Commission européenne, a été créé le réseau des procureurs généraux ou institutions équivalentes près les Cours suprêmes judiciaires des États membres de l'Union européenne.

Ce réseau a pour objectif de fédérer un réseau d'experts de haut niveau, qui favorise les échanges d'idées et d'expériences sur toutes questions relatives au rôle, à l'organisation et

au fonctionnement des parquets généraux des Cours suprêmes, et renforce l'expression de la norme communautaire et européenne par les Cours suprêmes.

Préalablement à la signature des statuts s'est ainsi tenue une conférence sur le thème : « Parquets généraux ou institutions équivalentes près les Cours suprêmes judiciaires des États membres de l'Union européenne et renforcement de l'espace judiciaire européen ».

À l'issue de cette conférence ont été élus Mme Renata Vesecka, procureur général de la République tchèque, en qualité de président du réseau ; M. Peimane Ghaleh-Marzban, secrétaire général du parquet général de la Cour de cassation et Mme Caroline Viguier, chargée de mission au cabinet, respectivement secrétaire général et trésorier du réseau.

Le 28 mai, M. Jean-Louis Nadal, procureur général près la Cour de cassation, M. Peimane Ghaleh-Marzban, secrétaire général du parquet général, et Mme Caroline Viguier, chargée de mission, se sont rendus à Prague, à l'invitation de Mme Renata Vesecka, procureur général de la République tchèque, pour assister à une nouvelle conférence portant sur le thème de l'indépendance du ministère public.

Au terme de cette conférence a été élu le nouveau président du réseau, M. Cándido Conde-Pumpido Tourón, procureur général d'État espagnol, chargé d'organiser la prochaine réunion, au premier semestre 2010.

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)

Réunions du bureau de l'AHJUCAF

Le bureau de l'AHJUCAF s'est réuni à la Cour de cassation à deux reprises le 23 février et le 25 novembre 2009 sous la présidence de M. Ghaleb Ghanem, premier président de la Cour de cassation du Liban et président de l'AHJUCAF.

Les deux réunions ont principalement abordé les manifestations en promotion des droits de l'enfant des 26 et 27 août 2009 à la Maison du droit vietnamo-française à Hanoi, ainsi que les 8 et 9 octobre 2009 à l'Académie de formation des juges de Hongrie à Budapest.

L'organisation du troisième congrès de l'AHJUCAF, qui se tiendra à Ottawa (Canada) les 21 et 22 juin 2010 sur le thème « Internationalisation de la justice, internationalisation du droit », a été également évoquée.

Colloque sur la défense des droits des enfants à l'intérieur et à l'extérieur des frontières à Budapest les 8 et 9 octobre 2009

Les 8 et 9 octobre 2009 s'est tenu à l'Académie de formation des juges de Hongrie à Budapest un colloque ayant pour thème « La défense des droits des enfants à l'intérieur et à l'extérieur des frontières ». Organisée en partenariat et avec le soutien de l'Organisation

internationale de la francophonie et de la Cour suprême de Hongrie, cette manifestation a réuni quinze magistrats des Cours suprêmes de l'Europe centrale et orientale, ainsi qu'une centaine de professionnels du droit hongrois.

Mme Bénédicte Vassalo, conseiller référendaire à la première chambre civile, a présenté à cette occasion les instruments internationaux de coopération concernant l'enfance : Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants ; Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, Règlement n° 2201/2003, du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale dit Bruxelles II *bis*.

Soutien à la création du service de documentation de la Cour suprême du Mali

Du 2 au 6 novembre 2009, M. Hugues Adida-Canac, conseiller référendaire à la Cour de cassation française, et M. Guillaume Adreani, assistant de l'AHJUCAF, ont évoqué à la Cour suprême du Mali les aspects principaux d'un service de documentation et d'études.

Participation à un séminaire international sur les droits de l'enfant du 24 au 25 novembre 2009 à Tunis (Tunisie)

L'Organisation internationale de la francophonie (OIF) et la République tunisienne (ministère de la justice et des droits de l'homme) ont organisé un séminaire international sur les droits de l'enfant du 24 au 25 novembre 2009, auquel s'est rendue Mme Bénédicte Vassalo, conseiller référendaire à la Cour de cassation française.

Les travaux ont été ouverts par le ministre de la justice tunisien et avaient pour objectifs, outre la célébration du 20^e anniversaire de la Convention internationale des droits de l'enfant, de :

- stimuler la création d'institutions ou de fonctions spécialisées sur les droits de l'enfant dans les pays francophones ;
- diffuser les droits de l'enfant et approfondir la connaissance des situations ;
- informer et former les praticiens intervenant en relation avec les enfants ;
- promouvoir et protéger les droits de l'enfant.

IV – Forum des juges commerciaux européens

Du 30 avril au 1^{er} mai, Mme Marie-Hélène Tric, conseiller à la chambre commerciale de la Cour de cassation, a participé à la 5^e conférence du Forum des juges commerciaux européens qui s'est tenue à Dublin (Irlande).

V – Forum des juges de l’Union européenne pour l’environnement (www.eufje.org)

Au cours de l’année, le Forum, dont le secrétariat général est assuré par la Cour de cassation en la personne de Mme Françoise Nési, conseiller référendaire à la troisième chambre civile, a été invité à faire partie du comité de pilotage du programme de soutien pour la coopération des juges nationaux en droit de l’environnement, programme instauré par la Commission européenne à la suite de la conférence qui s’est tenue en octobre 2008 au Conseil d’État après la conférence annuelle du Forum.

M. Luc Lavrysen, président de l’EUFJE, a ainsi représenté le Forum lors de plusieurs réunions du comité de pilotage à Bruxelles et à Luxembourg, avec les instituts de formation des magistrats de la plupart des États membres de l’Union européenne. Ont notamment été décidés le développement de modules de formation sur le thème des déchets et de la protection de la nature, ainsi que l’organisation de sessions de formation.

Le Forum a assuré la mise en œuvre de la publication des actes de la conférence de 2008 sur la pollution des sols, qui s’est tenue à la Cour de cassation.

Les 16 et 17 octobre s’est tenue à Stockholm la conférence annuelle du Forum sur la Directive relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution, sur la base d’un questionnaire adressé à chacun des pays membres du Forum. Pour la France, la réponse a été établie par Mme Françoise Nési et mise en ligne, comme l’ensemble des réponses, sur le site du Forum.



11

Manifestations organisées à la Cour de cassation

MANIFESTATIONS ORGANISÉES À LA COUR DE CASSATION EN 2009

I – COLLOQUES ET CONFÉRENCES ORGANISÉS À LA COUR DE CASSATION

En 2009, de nombreux colloques et conférences ont été organisés à la Cour de cassation :

Le 5 février 2009 : colloque coorganisé par la Cour de cassation et l'Association française pour l'étude de la concurrence, sur le thème « 2008 : une année charnière en droit de la concurrence », sous la présidence de Mme Laurence Idot, professeur à l'université Paris-II.

Le 12 mars 2009 : colloque coorganisé par la Cour de cassation et la chambre des notaires de Paris, sur le thème : « L'acte sous signature juridique : mythe ou réalité ».

Le 20 mars 2009 : colloque coorganisé par la Cour de cassation et la commission des clauses abusives, sur le thème : « La commission des clauses abusives en action : 30^e anniversaire ».

Le 3 avril 2009 : colloque d'une journée coorganisé par la Cour de cassation, l'université Montpellier-I et le CERCOP, dirigé par le professeur Dominique Rousseau, sur le thème : « Une nouvelle compétence pour la Cour de cassation : la question préjudicielle de constitutionnalité ».

Le 11 mai 2009 : conférence sur le thème : « Le nouveau régime de la prescription et la procédure civile », sous la direction de M. Jean-Louis Gillet, président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, et de Mme Natalie Fricero, professeur à l'université de Nice Sophia Antipolis, directrice de l'IEJ.

Le 28 mai 2009 : colloque de l'Association pour le développement de l'informatique juridique (ADIJ), sur le thème : « Les nouvelles technologies et la jurisprudence de la Cour de cassation ».

Le 4 juin 2009 : conférence organisée par l'Association française pour l'étude de la concurrence (AFEC), donnée par M. Francis Amand, sur le thème : « Bilan de l'action civile en matière de pratiques restrictives de concurrence ».

Le 12 juin 2009 : colloque de l'association Louis-Chatin, sur le thème : « L'enfant dans la Constitution ».

Le 16 octobre 2009 : colloque coorganisé par la Cour de cassation, l'Association des avocats praticiens des procédures et de l'exécution (AAPPE) et l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, sur le thème : « Les recours dans les voies d'exécution ».

Le 20 novembre 2009 : colloque coorganisé par la Cour de cassation et l'association Louis-Chatin sur le thème : « Le vingtième anniversaire de la Convention internationale des droits de l'enfant ».

II – CYCLES DE CONFÉRENCES DE LA COUR DE CASSATION

Il s'agit de cycles de conférences organisés par la première présidence de la Cour de cassation, au titre de la formation continue déconcentrée de l'École nationale de la magistrature.

Cycle de conférences « Les grands procès criminels de l'histoire de la justice »

Coorganisé 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 et institutionnelles de la justice.

Les conférences données en 2009 ont été les suivantes :

- le 22 janvier 2009 : conférence de Mme Claude Gauvard, membre de l'IUF, professeur à l'université Paris-I, vice-présidente de l'AFHJ, ayant pour intitulé « Affaires médiévales et développement de la procédure inquisitoire » ;
- le 12 février 2009 : conférence de M. Frédéric Chauvaud, professeur à l'université de Poitiers, sur « Les sœurs Papin » ;
- le 2 avril 2009 : conférence de M. Denis Salas, magistrat, secrétaire général de l'AFHJ, sur « Les affaires criminelles dans la littérature » ;
- le 14 mai 2009 : conférence de M. Jacques Dallest, procureur de la République près le tribunal de grande instance de Marseille, sur « L'affaire Vacher, éventreur de bergers au XIX^e siècle dans la région de Bourg-en-Bresse » ;
- le 18 juin 2009 : conférence de M. Jean-Pierre Royer, professeur émérite de l'université Lille-II, et Mme Sylvie Humbert, maître de conférences à la faculté libre de droit de Lille, sur « Les procès de la laïcité » ;
- le 22 octobre 2009 : conférence de M. Jean-Claude Farcy, chargé de recherches au CNRS, sur le thème « Erreur judiciaire et réforme de la justice : à propos de l'affaire Doize (1862) » ;
- le 19 novembre 2009 : conférence de M. Benoît Garnot, professeur d'histoire moderne à l'université de Bourgogne, intitulée « À propos de l'affaire Calas : Voltaire et la justice, histoire d'un malentendu » ;
- le 17 décembre 2009 : conférence de M. Dominique Kalifa, professeur d'histoire contemporaine à l'université Paris-I, au sujet de « L'affaire Aernout-Rousset (1902-1912) dite "l'affaire Dreyfus des ouvriers" : la justice militaire en procès ».

Cycle de conférences « Risques, assurances, responsabilités »

Ce cycle de conférences est coorganisé, 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. Il présente la particularité de faire précéder chaque conférence d'une réflexion, menée pendant plusieurs mois, par des groupes de travail pluridisciplinaires composés d'enseignants et de professionnels.

Pour 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, ainsi que la présentation de propositions, discutées lors de cinq conférences, dont la dernière s'est tenue à la Cour de cassation 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, a restitué ses travaux sur le thème de « La transparence en droit économique ».

Pour la session 2009-2010, cinq groupes de travail ont également été constitués pour traiter de sujets sur le thème « Assurance et protection sociale ». Les propositions ont été restituées et discutées à l'occasion de cinq conférences dont l'une s'est tenue à la Cour de cassation le 1^{er} octobre 2009. Le groupe de travail animé par M. Xavier Prétot, conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation, a restitué ses travaux sur le thème : « La sécurisation des engagements : les normes et les contrôles ».

Ce cycle se poursuivra en 2010 avec quatre nouvelles conférences :

- le 8 mars 2010 : restitution des travaux du groupe animé par M. Pierre Sargos, président de chambre honoraire à la Cour de cassation, sur « Les risques marchands et non marchands : quelles clefs de répartition ? » ;
- le 17 mai 2010 : présentation des travaux du groupe animé par M. François Ewald, professeur au CNAM à Paris, traitant de « L'information et la protection de la personne garantie » ;
- le 7 juin 2010 : synthèse des études du groupe animé par M. Michel Verkindt, professeur à l'université de Lille, consacré au thème « Couverture du risque professionnel » ;
- le 27 septembre 2010, restitution des réflexions du groupe de travail animé par Mme Laurence Idot, professeur à l'université Paris-II, sur « Monopole et assurance » ;

Cycle de conférences « Droit et technique de cassation »

Il s'agit d'un cycle de conférences, organisé à l'initiative de la première présidence de la Cour de cassation, 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.

Les thèmes abordés ont été les suivants :

- le 2 février 2009 : conférence de MM. Christian Charruault, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation, et Xavier Bachellier, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, intitulée « Le pouvoir souverain du juge du fond » ;

– le 3 décembre 2009 : conférence de MM. Jean-Pierre Ancel, président de chambre honoraire à la Cour de cassation, et Dominique Foussard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ayant pour titre « Le manque de base légale ».

Ce cycle se poursuivra en 2010 avec quatre nouvelles conférences :

– le 25 février 2010 : conférence de MM. Alain Lacabarats, président de la troisième chambre civile, et Hervé Hazan, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, sur le thème : « Le moyen sérieux » ;

– le 15 mars 2010 : conférence de MM. Christian Charruault, président de la première chambre civile de la Cour de cassation, et Yves Capron, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, ayant pour titre « Du moyen sérieux à l'arrêt : la technique de cassation au service du droit » ;

– le 3 mai 2010 : conférence de Mme Renée Koering-Joulin, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation, et MM. Thomas Vasseur, conseiller référendaire à la deuxième chambre civile, et Gilles Thouvenin, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, intitulée « La Cour de cassation garante du procès équitable » ;

– le 29 novembre 2010 : conférence de MM. Gérard Pluyette, conseiller doyen de la première chambre civile de la Cour de cassation, et Louis Boré, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, titrée « La cassation, voie d'achèvement du procès ? ».

Cycle de conférences « Droit, économie et justice »

Coorganisé 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 l'autonomie fondamentale des sources du droit, l'objet des conférences est de fournir aux juristes intéressés des observations et des raisonnements issus de théories économiques.

Lors de la session 2008-2009, consacrée au thème général « Droit et économie du travail et de la protection sociale », les manifestations suivantes se sont tenues, en 2009, à la Cour de cassation :

– le 19 janvier 2009 : Mme Christine Neau-Leduc, professeur de droit à l'université Montpellier-I, M. Bernard Saincy, responsable du collectif développement durable de la CGT, M. Jacques Khelif, directeur du développement durable de la société Rhodia, et M. Manfred Warda, secrétaire général de l'International Federation of Chemical, Energy, Mine and General Workers' Unions, sont intervenus lors d'une table ronde sur le thème : « L'entreprise et sa responsabilité sociétale » ;

– le 9 février 2009, Mme Mireille Elbaum, professeur au CNAM, directrice de la chaire « Politique et économie de la protection sociale », membre du CERC, et M. Jean-Pierre Chauchard, professeur de droit à l'université de Nantes, ont donné une conférence intitulée « Travail, protection sociale et pauvreté : quels droits ? » ;

– le 9 mars 2009, M. Antoine Jemmaud, professeur de droit à l'Institut d'études du travail de Lyon, et Mme Françoise Piotet, professeur de droit à l'université de Nantes, sont intervenus sur le thème « Droit social et relations professionnelles : acteurs et normes » ;

– le 6 avril 2009, M. Hervé Gosselin, conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation, M. Paul Chaumont, conseiller référendaire à la Cour de cassation, ancien juge départiteur, M. Gilles Soetemondt, président du conseil de prud’hommes de Paris, et M. Jean-Marc Soulat, président du conseil de prud’hommes de Versailles, ont participé à une table ronde sur « L’analyse économique de la justice du travail ».

Au titre de la session 2009-2010, dont le thème général est « Droit et économie de la propriété intellectuelle », six conférences ont eu lieu :

– le 18 mai 2009, M. Jean-Frédéric Morin, professeur à l’université libre de Bruxelles, et Mme Silke von Lewinski, chef de département au Franklin Pierce Law Center, ont traité de « La propriété intellectuelle à l’heure de la mondialisation » ;

– le 22 juin 2009, M. René Sève, directeur général du Centre d’analyse stratégique, et M. Fabrice Siiriainen, professeur à l’université de Nice Sophia Antipolis, ont donné une conférence intitulée « La propriété intellectuelle au cœur de l’économie de l’immatériel » ;

– le 28 septembre 2009, Mme Marie-Françoise Marais, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation, vice-présidente du CSPLA et membre de l’ARMT, M. Claude Henry, professeur d’économie à Sciences Po et à l’université Columbia, M. Christophe Geiger, directeur général du CEIPI à Strasbourg, chercheur au Max Planck Institute de Munich, sont intervenus sur le thème : « “Clef” pour comprendre : la fonction sociale des droits de propriété intellectuelle » ;

– le 19 octobre 2009, M. Paul Seabright, chercheur à l’Institut d’économie industrielle (IDEI) et au Center for Economic Policy Research (CEPR), professeur d’économie à l’université Toulouse-I, Mme Marie-Anne Frison-Roche, professeur des universités à Sciences Po, directeur de la chaire « Régulation », et M. Hanns Ullrich, professeur émérite de l’université de Munich-Institut européen de Florence, ont participé à une conférence intitulée « Propriété intellectuelle, concurrence et régulation » ;

– le 23 novembre 2009, Benjamin Coriat, professeur de sciences économiques à l’université Paris-XIII, et Bernard Remiche, avocat au barreau de Bruxelles, professeur et président du département de droit économique et social (DESO) de la faculté de droit de l’université catholique de Louvain, ont traité du sujet suivant : « Enjeu social, objet juridique : le médicament » ;

– le 14 décembre 2009, M. Alain Girardet, président de chambre à la cour d’appel de Paris, professeur associé à l’université Paris-XII, et M. Michel Vivant, professeur des universités à Sciences Po, responsable de la spécialité propriété intellectuelle du master droit économique, ont consacré leur intervention au thème suivant « Contrefaçon/réparation : une question majeure ».

L’ensemble des conférences fera l’objet d’une publication dans la collection « Droit et économie » aux éditions LGDJ.

III – SÉMINAIRES DE FORMATION

Ces actions de formation, également organisées au titre de la formation continue décentralisée de l’École nationale de la magistrature, ont été initiées par le parquet général de la

Cour de cassation en direction, d'une part, des magistrats de la Cour de cassation, mais aussi de ceux des cours d'appel, dans une démarche d'ouverture sur l'extérieur.

1 – Des séminaires de formation pour les magistrats des cours d'appel

– Séminaire « Technique de cassation »

Pour la troisième année consécutive a été organisée le 5 octobre 2009 une session de formation au pourvoi en cassation, à destination des procureurs généraux et des magistrats des parquets généraux près les cours d'appel, en vue de présenter et d'expliquer l'ensemble de la procédure devant la Cour de cassation, s'agissant tant des chambres civiles que de la chambre criminelle, afin notamment de permettre aux participants de mieux évaluer les hypothèses dans lesquelles un pourvoi peut être formé. Au cours de cette action ouverte par M. Jean-Louis Nadal, procureur général près la Cour de cassation, et M. Jean-François Weber, président de chambre, sont intervenus MM. Henri-Claude Le Gall et Gérard Pluyette, conseillers doyens, MM. André Gariazzo et Christian Raysséguier, premiers avocats généraux, M. Louis Di Guardia, premier avocat général honoraire et maîtres Emmanuel Piwnica et Bruno Potier de La Varde, anciens présidents de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

– Séminaires « Diffusion de la jurisprudence de la chambre criminelle »

Afin de permettre une diffusion pratique et opérationnelle de la jurisprudence de la chambre criminelle auprès des magistrats des parquets des cours et tribunaux, des magistrats du siège et du parquet de la chambre criminelle se sont déplacés dans les ressorts de cour d'appel, afin de permettre, au cours de séminaires de travail, d'aborder les aspects techniques de la procédure pénale dans une perspective axée sur la pratique judiciaire. Huit déplacements ont eu lieu au cours de l'année 2009 : le 24 février 2009 à la cour d'appel de Poitiers, le 3 mars 2009 à la cour d'appel d'Orléans, réunissant les magistrats de cette cour et de la cour d'appel de Bourges, le 7 avril 2009 à la cour d'appel de Rouen, le 14 mai 2009 à la cour d'appel de Grenoble, le 2 juin 2009 à la cour d'appel de Colmar, le 20 octobre 2009 à la cour d'appel de Douai, le 17 novembre 2009 à la cour d'appel de Besançon et le 11 décembre 2009 à la cour d'appel d'Aix-en-Provence.

2 – Des séminaires de formation pour les magistrats de la Cour de cassation

Séminaires « Le secret médical aujourd'hui : aspects juridiques et médicaux »

Ce cycle de séminaires a été organisé au regard, d'une part, des enjeux posés par la médecine moderne – génétique, médecine prédictive, nouvelles technologies –, d'autre part, des exigences actuelles de prise en charge globale des patients – relations médecine de ville,

médecine hospitalière et secret partagé au sein d'une équipe hospitalière – et, enfin, de l'affirmation du droit des patients à l'information, l'ensemble de ces éléments nécessitant de s'interroger sur le principe du secret médical.

– Le premier séminaire, ouvert par M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, et M. Jean-Louis Nadal, procureur général près ladite Cour, et organisé le 9 avril 2009, a porté sur les enjeux et les perspectives du secret médical et a réuni M. Benoît Leclerc, directeur général de l'AP-HP, M. Didier Houssin, directeur général de la santé, M. Axel Khan, président de l'université Paris Descartes, M. Pierre Sargos, président de chambre à la Cour de cassation, et M. Didier Tabuteau, conseiller d'État.

– Le second séminaire, organisé le 11 juin 2009, a porté sur les aspects juridiques et médicaux du secret médical et a réuni Mme Frédérique Dreifuss-Netter, conseiller à la Cour de cassation, M. Didier Sicard, président honoraire du Comité consultatif national d'éthique, M. François Stéphani, vice-président de la section éthique et déontologie du Conseil national de l'ordre des médecins, M. Claude Évin, président de la Fédération hospitalière de France, Mme Anne-Élisabeth Crédeville, conseiller à la Cour de cassation, M. Laurent Davenas, avocat général, et Mme Caroline Rey, chef de service des urgences médico-judiciaires de l'Hôtel-Dieu et de l'hôpital Armand-Trousseau.

Séminaire « Les évolutions récentes du droit fiscal et l'impact des règles européennes »

Ce séminaire, organisé le 19 juin 2009, a eu pour objet de croiser, sur la question de l'influence du droit communautaire et du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, les regards de différents spécialistes. Sont ainsi intervenus M. Christian Raysséguier, premier avocat général, M. Bernard Chevalier, référendaire à la Cour de justice des Communautés européennes, M. Vincent Berger, juriste de la Cour européenne des droits de l'homme, M. Jean-Pierre Lieb, chef du service juridique de la fiscalité à la direction générale des finances publiques au ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique, M. Jean Schmidt, professeur émérite à l'université Paris-I, M. Emmanuel Kornprobst, professeur des universités à Rouen, maître Jacques Molinié, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, maître Patrick Michaud, avocat à la cour d'appel de Paris, et Mme Bénédicte Farthouat Danon, conseiller référendaire à la Cour.

Séminaire « La responsabilité des avocats »

Au titre du cycle de séminaires sur la responsabilité des professionnels du droit avaient été organisées en 2008 deux sessions, le 30 mai sur la responsabilité des notaires et le 12 décembre sur la responsabilité de l'administrateur et du mandataire judiciaires. Le 13 novembre 2009 s'est tenu le troisième volet de ce cycle sur la responsabilité des avocats. Sont intervenus M. Christian Mellottée, premier avocat général, M. Jean-Louis Gallet, conseiller, M. François Jessel, conseiller référendaire, M. Philippe Brun, professeur de droit, maître Henri Alterman, avocat honoraire, et maître Benoît Soltner, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

IV – AUDIENCE SOLENNELLE DE RENTRÉE

L'audience solennelle de rentrée s'est tenue le jeudi 14 janvier 2010, en présence de M. François Fillon, Premier ministre, de Mme Michèle Alliot-Marie, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, et de M. Jean-Marie Bockel, secrétaire d'État à la justice, ainsi que 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. François Fillon, Premier ministre, 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

Domages 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

Réquisitions

Responsabilité contractuelle et notamment responsabilité du transporteur terrestre et aérien de personnes et responsabilité médicale

Responsabilité des magistrats du corps judiciaire (article 11-1 modifié de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958)

Responsabilité du fait du fonctionnement défectueux du service de la justice (article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire)

Séparation des pouvoirs

Sociétés civiles professionnelles

Spoliations

Successions, donations, testaments, partages et liquidations

DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE

Assurances terrestres et de la navigation de plaisance (à l'exception de l'assurance construction)

Demandes de renvoi pour cause de suspicion légitime

Experts judiciaires (inscription sur les listes)

Honoraires d'avocats

Indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction (article 706-3 du code de procédure pénale)

Indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le VIH

Législation concernant les rapatriés

Pourvois électoraux, sauf en ce qui concerne les élections professionnelles internes à l'entreprise

Pourvois formés contre les arrêts de cours d'appel dans lesquels le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante est partie

Procédure civile

Pupilles de la Nation

Responsabilité délictuelle

Sécurité sociale (dont accidents du travail et prestations familiales)

Surendettement des particuliers

Tarifs des auxiliaires de justice

Voies d'exécution

TROISIÈME CHAMBRE CIVILE

Assurance construction

Baux d'habitation

Baux commerciaux

Baux ruraux

Expropriations

Propriété immobilière (revendication, servitude, 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	14
II – PROPOSITIONS DE RÉFORME EN MATIÈRE PÉNALE	21
A – Suivi des suggestions de réforme dans le domaine pénal	21
B – Suggestions nouvelles	26
DEUXIÈME PARTIE	
DISCOURS	35
DISCOURS PRONONCÉ lors de l’audience solennelle de début d’année judiciaire, le jeudi 14 janvier 2010, par : M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation	37
DISCOURS PRONONCÉ lors de l’audience solennelle de début d’année judiciaire, le jeudi 14 janvier 2010, par : M. Jean-Louis Nadal, procureur général près la Cour de cassation	41
DISCOURS PRONONCÉ lors de l’audience solennelle de début d’année judiciaire, le jeudi 14 janvier 2010, par : M. François Fillon, Premier ministre	47

TROISIÈME PARTIE	
ÉTUDE	53
AVANT-PROPOS , par M. Xavier Lagarde	55
LES PERSONNES VULNÉRABLES DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION	73
I – Contributions de la première chambre civile de la Cour de cassation	81
L’application directe de la Convention de New York relative aux droits de l’enfant	83
1. LES ARRÊTS DE PRINCIPE DU 18 MAI 2005	86
2. LES EFFETS DE CES ARRÊTS SUR LA JURISPRUDENCE POSTÉRIEURE DE LA COUR	88
2.1. Les différents articles invoqués dans les moyens	88
2.2. Les résultats obtenus par l’application directe de la Convention internationale	92
Les majeurs protégés	97
0. INTRODUCTION	97
1. LE CONTRÔLE DES CONDITIONS D’OUVERTURE DES MESURES DE PROTECTION	99
1.1. Le rappel des deux conditions	99
1.2. La curatelle renforcée	101
1.3. La curatelle pour prodigalité	102
1.4. La loi applicable aux majeurs étrangers	103
2. LE CHOIX DES TUTEURS ET CURATEURS	103
3. LA RESPONSABILITÉ DES ORGANES DE LA TUTELLE	105
4. LES RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS DES JUGES DES TUTELLES	106
4.1. Le recours devant le tribunal de grande instance	106
4.2. Le pourvoi en cassation	109
4.3. La tierce opposition	110
5. LE RÉGIME DES DIFFÉRENTS ACTES JURIDIQUES ACCOMPLIS PAR UN MAJEUR PROTÉGÉ	110
5.1. Les actes de la vie courante	111
5.2. Le contrat de travail	111
5.3. L’homologation d’un contrat de changement de régime matrimonial	112
5.4. Le changement de bénéficiaire d’un contrat d’assurance vie	112
5.5. L’exercice des actions en justice	114
5.6. L’aveu judiciaire	116
5.7. Le consentement à sa propre adoption par le majeur en tutelle	116
5.8. L’adoption d’un tiers par un majeur sous tutelle	117

Le maintien en rétention des étrangers	118
0. INTRODUCTION	118
0.1. Le rôle du juge judiciaire	118
0.2. À partir de quel moment le juge judiciaire peut-il être saisi?.....	119
1. LA PROTECTION DE L'ÉTRANGER LORS DE L'INTERPELLATION : LE PRINCIPE DE LOYAUTÉ	119
2. LA PROTECTION DE L'ÉTRANGER LORS DE L'AUDIENCE	120
3. LA PROTECTION DE L'ÉTRANGER PENDANT SA RÉTENTION.....	121
3.1. L'étranger en zone d'attente	121
3.2. L'étranger maintenu dans un local de rétention administrative	121
3.3. L'étranger maintenu dans un centre de rétention administrative.....	122
 II – Contributions de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation	125
La protection des particuliers surendettés	127
1. CONDITIONS RELATIVES À LA SITUATION PERSONNELLE DU DÉBITEUR.....	130
1.1. Conditions relatives à la situation juridique du débiteur	130
1.2. Conditions relatives au comportement du débiteur	131
2. CONDITIONS RELATIVES À LA SITUATION PATRIMONIALE DU DÉBITEUR.....	137
2.1. Inventaire de l'actif	138
2.2. Dettes prises en considération.....	139
2.3. La détermination de l'état de surendettement	143
2.4. La situation irrémédiablement compromise	145
3. CONCLUSION : LA FINALITÉ DE LA PROCÉDURE DE TRAITEMENT DU SURENDETTEMENT	146
 L'accès à la justice des personnes aux ressources insuffisantes : le contentieux de l'aide juridictionnelle porté devant la Cour de cassation (1980-2009)	149
0. INTRODUCTION	149
0.1. Principes et exigences du droit européen.....	149
0.2. Cadre juridique national.....	149
0.3. Le champ de l'étude	150
1. ÉVOLUTION ET CARACTÉRISTIQUES DU CONTENTIEUX PORTÉ DEVANT LA COUR DE CASSATION.....	151
1.1. Un contentieux en progression qui est majoritairement traité par la deuxième chambre civile et par la chambre sociale.....	151
1.2. Des pourvois qui concernent essentiellement des procédures sans représentation obligatoire et des procédures orales devant les juges du fond	153
1.3. Des pourvois qui concernent des juridictions devant lesquelles l'assistance des personnes paraît peu organisée	153
1.4. Des pourvois dans lesquels l'aide juridictionnelle a été plus souvent sollicitée pour agir en justice	154

Table des matières

1.5. Des pourvois très largement présentés par des personnes bénéficiaires de l'aide juridictionnelle devant la Cour de cassation	155
1.6. Un taux de publication des arrêts important	156
2. RÉSULTATS DES POURVOIS PAR NATURE DE CONTENTIEUX.....	157
2.1. Effets de l'aide juridictionnelle	157
2.2. Effet interruptif de la demande d'aide	161
3. CONCLUSION	163
L'obligation de l'établissement de crédit prêteur d'éclairer son client auquel il propose d'adhérer à une assurance de groupe pour couvrir les risques de décès, invalidité, chômage.....	165
1. LA VULNÉRABILITÉ DE L'EMPRUNTEUR/ASSURÉ	166
1.1. Une assurance de groupe	166
1.2. L'insuffisance des obligations générales d'information	168
2. L'OBLIGATION D'ÉCLAIRER LE CLIENT SUR L'INADAPTATION DE LA GARANTIE AU RISQUE.....	171
2.1. Évolution de la jurisprudence	172
2.2. Le contenu de l'obligation d'éclairer (obligation de conseil ou de mise en garde?)	175
2.3. Exécution de l'obligation, preuve et sanction du manquement du banquier	178
3. CONCLUSION	178
Vulnérabilité et droit de la sécurité sociale	179
1. LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE SÉCURITÉ SOCIALE.	179
1.1. L'interprétation extensive des règles du droit de la sécurité sociale touchant au champ d'application et aux prestations des régimes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole	180
1.2. Les relations entre les organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole et leurs usagers	183
2. LA REFORME DU RÉGIME DE LA FAUTE INEXCUSABLE DE L'EMPLOYEUR	185
III – Contribution de la troisième chambre civile de la Cour de cassation.....	191
Les personnes vulnérables et le droit des baux d'habitation	193
0. INTRODUCTION	193
1. LES PRINCIPAUX CRITÈRES DE VULNÉRABILITÉ.....	194
1.1. L'âge	194
1.2. L'état physique	195
1.3. Le niveau des ressources	197
2. L'INCIDENCE DE LA VULNÉRABILITÉ	199
2.1. La vulnérabilité est créatrice de droits.....	199

2.2. La vulnérabilité n'affranchit pas le locataire de ses obligations	202
3. QUELQUES DÉCISIONS ÉPARSES DE LA COUR DE CASSATION DANS LESQUELLES LA NOTION DE VULNÉRABILITÉ N'EST PAS TOTALEMENT ÉTRANGÈRE	203
4. CONCLUSION	204
IV – Contributions de la chambre commerciale de la cour de cassation	207
La vulnérabilité en droit commercial	209
1. LA VULNÉRABILITÉ DE L'INVESTISSEUR	211
1.1. La vulnérabilité de l'investisseur dans les opérations non spéculatives.....	212
1.2. La vulnérabilité de l'investisseur dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme	216
2. LA VULNÉRABILITÉ DE L'EMPRUNTEUR ET DE LA CAUTION	219
2.1. La distinction jurisprudentielle entre l'emprunteur ou la caution avertis et l'emprunteur ou la caution non avertis	219
2.2. La protection légale contre les cautionnements disproportionnés.....	224
La notion de dépendance économique en droit de la concurrence	226
V – Contributions de la chambre sociale de la Cour de cassation	229
Les personnes âgées, ou dont la santé est altérée, et l'emploi	231
1. L'ACCÈS À L'EMPLOI DES PERSONNES VULNÉRABLES EN RAISON DE L'ÂGE OU DE L'ÉTAT DE SANTÉ	232
1.1. L'interdiction des discriminations à l'embauche	232
1.2. Les mesures incitatives à l'embauche (ou actions prioritaires en faveur des personnes âgées et handicapées)	234
2. LE MAINTIEN DANS L'EMPLOI DES SALARIÉS ÂGÉS ET MALADES, INAPTES OU HANDICAPÉS	237
2.1. Les mesures préventives	237
2.2. Les mesures de protection de l'emploi et d'accompagnement dans l'emploi	241
Contrats de travail et précarité	246
1. LES RÉGIMES JURIDIQUES DU CONTRAT DE TRAVAIL INTÈGRENT À DES DEGRÉS DIVERS DES FACTEURS DE PRÉCARITÉ	246
1.1. Les contrats de travail dont la durée est déterminée <i>a priori</i> : des contrats précaires par essence ?	246
1.2. Des facteurs de précarité sont présents dans le contrat de travail à durée indéterminée	248
2. LES RÉGIMES JURIDIQUES DU CONTRAT DE TRAVAIL COMPORTENT DES ÉLÉMENTS QUI ATTÉNUENT OU NEUTRALISENT LES FACTEURS DE PRÉCARITÉ	249
2.1. Les tempéraments apportés à la précarité dans les contrats de travail de caractère temporaire	250
2.2. L'encadrement des facteurs de précarité présents dans le contrat à durée indéterminée	264

Les salariés protégés	270
0. INTRODUCTION	270
1. LA VULNÉRABILITÉ DES SALARIÉS QUI DEMANDENT LA MISE EN PLACE D'ÉLECTIONS PROFESSIONNELLES ET DES SALARIÉS CANDIDATS À DES FONCTIONS REPRÉSENTATIVES ...	271
1.1. Les salariés qui demandent la mise en place d'élections professionnelles (articles L. 2411-6 et L. 2411-9 du code du travail)	271
1.2. Les salariés dont l'imminence de la candidature est connue de l'employeur (articles L. 2411-7, alinéa 2, et L. 2411-10, alinéa 2, du code du travail)	272
1.3. Les candidats aux élections professionnelles	272
2. LA VULNÉRABILITÉ DES SALARIÉS QUI EXERCENT UN MANDAT REPRÉSENTATIF	273
2.1. Transfert partiel d'entreprise	273
2.2. Changement dans les conditions de travail	274
2.3. Formation, évaluation, évolution de carrière et rémunération	274
2.4. Rupture du contrat de travail	274
3. LE SALARIÉ PROTÉGÉ RESTE VULNÉRABLE AU TERME DE SON MANDAT	281
Brève réflexion sur les contours de la vulnérabilité du stagiaire en entreprise	282
1. L'ÉTAT DE VULNÉRABILITÉ DU STAGIAIRE SAISI PAR LES TEXTES	282
1.1. La construction progressive d'un statut juridique	283
1.2. L'exigence d'un formalisme comme remède à l'insécurité juridique	284
2. L'INTERVENTION DU JUGE DANS LE CONTRÔLE DE LA QUALIFICATION DE « STAGE »	285
2.1. Une distinction indispensable : travail salarié et simple période de mise en pratique de connaissances acquises par l'élève ou l'étudiant.....	286
2.2. La faculté de requalifier une période de « stage » en un contrat de travail	287
VI – Contribution de la chambre criminelle de la Cour de cassation	289
Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la chambre criminelle	291
1. LA VULNÉRABILITÉ DE LA VICTIME	291
1.1. La vulnérabilité liée à l'état physique ou psychique de la personne	292
1.2. La vulnérabilité économique et sociale.....	296
2. LE COMPORTEMENT DE L'AUTEUR ET SES CONSÉQUENCES.....	299
2.1. Les agissements tendant à profiter de la vulnérabilité d'autrui	299
2.2. L'abandon de la personne vulnérable	303
3. VULNÉRABILITÉ ET PROCÉDURE	305
3.1. La prescription	306
3.2. Le déroulement de la procédure pénale	306

QUATRIÈME PARTIE	
JURISPRUDENCE DE LA COUR	309
ARRÊTS RENDUS EN ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE ET EN CHAMBRE MIXTE	
Présentation d'ensemble	311
A – Assemblée plénière	311
B – Chambre mixte	314
I – DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE	316
A – Divorce	316
B – Étrangers	317
II – DROIT DU TRAVAIL	318
Introduction	318
A – Contrat de travail, organisation et exécution du travail	322
B – Durée du travail et rémunérations	336
C – Santé et sécurité au travail	341
D – Égalité de traitement, discrimination, harcèlement	343
E – Accords collectifs et conflits du travail	350
F – Représentation du personnel et élections professionnelles	351
G – Rupture du contrat de travail	366
H – Actions en justice	373
III – DROIT IMMOBILIER, ENVIRONNEMENT ET URBANISME	380
A – Chasse	380
B – Construction	383
C – Vente	385
D – Urbanisme	386
IV – ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES, COMMERCIALES ET FINANCIÈRES	387
A – Entreprises en difficulté	387
B – Droit des sociétés	394
C – Droit bancaire	396
D – Protection des consommateurs	398
E – Sûretés	400
F – Propriété intellectuelle	404
G – Propriété industrielle	404
H – Droit de la concurrence	405
I – Subrogation	407
V – RESPONSABILITÉ CIVILE, ASSURANCES ET SÉCURITÉ SOCIALE	410
A – Droit de la responsabilité	410
B – Sécurité sociale	415
VI – PROCÉDURE CIVILE ET ORGANISATION DES PROFESSIONS	419
A – Procédure civile	419

B – Procédures civiles d'exécution.....	428
C – Presse	429
D – Professions judiciaires	432
VII – DROIT PÉNAL ET PROCÉDURE PÉNALE.....	435
A – Procédure pénale	435
B – Droit pénal général	449
C – Droit pénal spécial	452
D – Intérêts civils	458
VIII – APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE, EUROPÉEN ET INTERNATIONAL.....	460
A – Droit communautaire	460
B – Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales	463
C – Conflits de juridictions	464
CINQUIÈME PARTIE	
ACTIVITÉ DE LA COUR.....	471
1. Statistiques de l'année 2009	473
2. Évolution du stock et de la durée des affaires civiles et pénales	479
3. Appréciation par chambre de l'activité civile, commerciale et sociale et en matière criminelle.....	485
4. Avis de la Cour	505
5. Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation.....	513
6. Bureau d'aide juridictionnelle	519
7. Commission nationale de réparation des détentions	523
8. Commission de révision des condamnations pénales	533
9. Commission de réexamen d'une décision consécutif à un arrêt CEDH.....	539
10. Relations internationales	543
11. Manifestations organisées à la Cour de cassation	561
12. Attributions des chambres civiles	571