

RAPPORT ANNUEL 2010

*Le droit de savoir*

---

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<sup>er</sup> 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, 2011

Direction artistique : A.D.N. Agence Drôlement Nécessaire

ISBN : 978-2-11-008455-2

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

## **Présidence**

- M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation
- M. Jean-Louis Nadal, procureur général près la Cour de cassation

## **Première chambre civile :**

- M. Christian Charruault, président de chambre
- Mme Cécile Petit, premier avocat général

## **Deuxième chambre civile :**

- M. Dominique Loriferne, président de chambre
- M. Gilbert Azibert, premier avocat général

## **Troisième chambre civile :**

- M. Alain Lacabarats, président de chambre
- M. André Gariazzo, premier avocat général

## **Chambre commerciale :**

- Mme Claire Favre, président de chambre
- M. Laurent Le Mesle, premier avocat général

## **Chambre sociale :**

- Mme Évelyne Collomp, président de chambre
- M. Alain Legoux, premier avocat général

## **Chambre criminelle :**

- M. Bertrand Louvel, président de chambre
- M. Christian Raysséguier, premier avocat général

## **Service de documentation, des études et du rapport :**

- M. Jacques Mouton, président de chambre

## **Secrétariat général :**

- M. Éloi Buat-Ménard, auditeur



## Table des matières

PREMIÈRE PARTIE SUGGESTIONS DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES	7
DEUXIÈME PARTIE DISCOURS .....	47
TROISIÈME PARTIE ÉTUDE .....	63
AVANT-PROPOS, par Mme Agathe Lepage.....	65
LE DROIT DE SAVOIR.....	93
QUATRIÈME PARTIE JURISPRUDENCE DE LA COUR .....	291
CINQUIÈME PARTIE ACTIVITÉ DE LA COUR.....	489





**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 du directeur des affaires civiles et du sceau, s'est réuni le 28 janvier 2011 afin, d'une part, d'examiner les suites réservées aux propositions de réforme des dispositions de nature législative et réglementaire en matière civile figurant dans les précédents rapports annuels de la Cour de cassation et, d'autre part, d'évoquer les propositions nouvelles de la Cour.

### A – Suivi des suggestions de réforme

#### Droit des assurances

##### *Modification des règles de prescription<sup>1</sup>*

Les *Rapports* 1990, 1996, 1997, 2001, 2002, 2007, 2008 et 2009 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 demande d'avis 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 que la 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, 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 pas 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, 2009.

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 ».

Le directeur des affaires civiles et du sceau a indiqué que cette proposition soulevait selon lui une difficulté technique tenant à la détermination du point de départ de la suspension.

## **Procédure civile**

### ***Oralité des débats***<sup>2</sup>

Le *Rapport 2003* suggérait la modification des articles 727, 843, 871, 882 et 946 du code de procédure civile et R. 516-7 du code du travail<sup>3</sup>, afin de faciliter la prise en compte des écrits des parties selon les évolutions sociologiques et technologiques contemporaines. Le *Rapport 2007* proposait de modifier la procédure devant les juridictions du contentieux technique de la sécurité sociale 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.

Le décret n° 2010-1165 du 1<sup>er</sup> octobre 2010, relatif à la modernisation de la procédure judiciaire, a suivi certaines de ces propositions. Il comporte des dispositions créant des règles communes, permettant l'organisation d'une véritable mise en état des dossiers et un assouplissement des modalités de comparution des parties. En ce sens, la prise en compte des écrits des parties a été facilitée et un dispositif de sécurisation des écrits a été mis en place.

### ***Modification de l'article 424 du code de procédure civile***<sup>4</sup>

La suggestion de créer un alinéa second à l'article 424 du code de procédure civile, aux fins d'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.

---

2. *Rapports 2003, 2007, 2008 et 2009.*

3. *Rapport 2003*, p. 17.

4. *Rapport 2004*, p. 14.

**Abrogation du dernier alinéa de l'article L. 261-11 du code de la construction et de l'habitation<sup>5</sup>**

Cette proposition avait été formulée dans le *Rapport annuel* de 2002, mais abandonnée 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.

Celle-ci n'a pas été suivie d'effet.

**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. 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 modification de la rédaction des articles 978 et 1010 du code de procédure civile avait donc été proposée dans le *Rapport* 2009.

Cette suggestion a été suivie d'effet, le décret n° 2010-1647 du 28 décembre 2010 ayant modifié les articles précités.

**Droit de la construction**

**Abrogation de l'article 1792-4 du code civil<sup>6</sup>**

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 (« EPERS »), n'a pas été suivie d'effet.

---

5. *Rapport* 2006, p. 13.

6. *Rapports* 2007, 2008 et 2009.

## **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 a été proposé dans le *Rapport 2009* d'étendre cette disposition aux bénéficiaires du revenu de solidarité active (RSA).

Cette suggestion figure dans la proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, 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 a été proposé dans le *Rapport 2009* 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. Il a ainsi été suggéré s'ajouter, à la suite du dernier alinéa de l'article 17 c :

« 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<sup>er</sup> 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. »

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

## **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<sup>e</sup> 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 a été suggéré dans le *Rapport 2009* 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 « en la forme des référés ».

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

## **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<sup>e</sup> 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, la rédaction suivante a été suggérée dans le *Rapport 2009* :

« Article 1<sup>er</sup>

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. »

Cette suggestion, bien que jugée opportune par le directeur des affaires civiles et du sceau, n'a pas été suivie d'effet.

## **Actions possessoires**

### ***Suppression des actions possessoires***

Le *Rapport 2009* relevait que les propositions de l'Association Henri-Capitant pour une réforme du droit des biens suggéraient 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.

Le directeur des affaires civiles et du sceau a exprimé son accord sur cette proposition, qui n'a pas encore été suivie d'effet.

## **Contrat de travail**

### ***Résolution judiciaire du contrat de travail pour inaptitude***

La Cour de cassation maintient sa proposition, non suivie d'effet, 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 professionnelle<sup>7</sup>.

### ***La protection des conseillers prud'hommes***<sup>8</sup>

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 dudit code) pour clarifier la durée de la protection du conseiller prud'hommes salarié et préciser les conséquences d'un licenciement prononcé en méconnaissance de son statut.

Cette suggestion n'a pas été suivie d'effet. Elle apparaît d'autant plus nécessaire que, par trois arrêts rendus le 22 septembre 2010 (Soc., 22 septembre 2010, *Bull.* 2010, V, n° 190, pourvoi n° 08-45.227 ; n° 191, pourvoi n° 09-40.968 et n° 192, pourvoi n° 09-41.173), la chambre sociale a jugé que la protection des conseillers prud'hommes court à compter de la proclamation des résultats des élections le lendemain du scrutin prévue à l'article D. 1441-162 du code du travail, indépendamment de la publication au recueil des actes administratifs de la préfecture du département prévue à l'article D. 1441-164 du code du travail. C'est pourquoi il serait des plus opportuns qu'il soit fait obligation au salarié élu d'informer son employeur de l'existence de son mandat, au plus tard au moment de l'entretien préalable, pour éviter à celui-ci de prononcer, en toute bonne foi, un licenciement en méconnaissance de son nouveau statut.

### ***Retenues sur salaires des cadres au forfait jours pour faits de grève de moins d'une journée ou demi-journée***<sup>9</sup>

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

7. *Rapports* 2002, 2004, 2005, 2008 et 2009.

8. *Rapports* 2007, 2008 et 2009.

9. *Rapport* 2008.

l'article L. 212-15-3 III devenu L. 3121-45 du code du travail, 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.

***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.

Le *Rapport* 2009 proposait de résoudre ces difficultés en ajoutant 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).

Cette suggestion n'a pas encore été suivie d'effet. Le directeur des affaires civiles et du sceau estime que les difficultés sont réelles mais s'interroge sur la nécessité de légiférer en raison du nombre d'affaires.

***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/CE du Conseil, du 12 mars 2001, article 7, alinéa 6 (elle-même ayant repris une précédente Directive 98/50/CE du Conseil, du 29 juin 1998)***

La Directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, 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 ».

## PREMIÈRE PARTIE : SUGGESTIONS DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES

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, *Bull.* 2009, V, n° 256, pourvois n° 08-43.397 et 08-43.398) que les conditions d'une application directe n'étaient pas réunies. Le *Rapport 2009* soulignait qu'il serait souhaitable que le droit interne se mette en conformité avec les exigences communautaires.

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

### ***Droit à congés payés des salariés : transposition de la Directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, article 7, remplacée par la Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, 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 pas être subordonné par un État membre à l'obligation d'avoir effectivement travaillé pendant la période de référence établie par ledit État ». Il a dès lors été proposé dans le *Rapport 2009* de modifier l'article L. 3141-3 du code du travail qui n'est plus conforme au droit européen.

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

## **Élections professionnelles**

### ***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'instance*<sup>10</sup>**

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 les *Rapports 2008* et *2009*, de modifier ainsi qu'il suit le troisième alinéa de l'article R. 2143-5 et le premier alinéa 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. »

---

10. *Rapports 2008* et *2009*.



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

***Recours contre les décisions rendues en matière d'élections professionnelles et de désignation des représentants syndicaux*<sup>11</sup>**

Le projet de décret réformant la procédure en matière de contentieux électoral professionnel, qui serait actuellement en cours d'examen, prévoirait 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 répondrait ainsi aux suggestions présentées en ce sens dans les *Rapports* 2008 et 2009.

***Les délégués syndicaux supplémentaires*<sup>12</sup>**

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<sup>er</sup> 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.

***Sort des actes conclus par des représentants syndicaux ou des représentants du personnel dont le mandat a été annulé*<sup>13</sup>**

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. *Rapports* 2008 et 2009.

12. *Rapports* 2008 et 2009.

13. *Rapports* 2008 et 2009.

### **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 a été suggéré dans le *Rapport 2009* 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. Un arrêt récent rendu par la chambre sociale (Soc., 26 mai 2010, *Bull.*, 2010, V, n° 114, pourvoi n° 09-60.400) a mis en exergue les difficultés pratiques pouvant résulter de l'absence de précision sur les modalités de délivrance des informations nécessaires à l'exercice de ce droit d'option.

Cette suggestion qui, selon le directeur des affaires civiles et du sceau, susciterait des réserves de la part de la direction des relations du travail, n'a pas encore été suivie d'effet.

### **Délai de 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<sup>re</sup> 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 a été proposée dans le *Rapport 2009*, afin d'harmoniser ces règles.

Cette proposition n'a pas encore été suivie d'effet. Toutefois, un projet de décret réformant la procédure en matière de contentieux électoral professionnel en cours de rédaction serait de nature à mettre fin aux difficultés évoquées.

### **Actes à l'étranger**

#### **Rétablir dans la loi l'exigence de légalisation des actes de l'état civil étranger**

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) 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. Le *Rapport 2009* a effectué une proposition en ce sens.

Cette suggestion n'a pas encore été suivie d'effet. Le directeur des affaires civiles et du sceau s'y est montré favorable, tout en indiquant qu'il convenait de prendre préalablement l'attache du ministère des affaires étrangères.

## **B – Suggestions nouvelles**

### **Sécurité sociale**

#### ***Contentieux de l'incapacité***

La distinction entre le contentieux général et le contentieux technique de la sécurité sociale ne paraît pas devoir être maintenue. Source inutile de complexité, elle conduit à une dualité de juridictions aux compétences parcellaires, alors que les juridictions du contentieux général, tribunaux des affaires de sécurité sociale et chambres sociales des cours d'appel, paraissent pouvoir faire face à la totalité des contentieux de l'incapacité, étant observé d'ailleurs que c'est déjà le cas en matière agricole où la dualité de juridictions n'a pas cours.

C'est pourquoi il est proposé, sous réserve des aménagements nécessaires, d'abroger les textes organisant un contentieux spécifique, dit contentieux technique de la sécurité sociale (articles L. 143-1 et suivants, R. 143-1 et suivants du code de la sécurité sociale), qui instituent les tribunaux du contentieux de l'incapacité et la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail, l'existence de cette dernière pouvant cependant être maintenue pour le seul contentieux très particulier de tarification visé à l'article L. 143-1 du code de la sécurité sociale pour lequel elle statue en premier et dernier ressort (article L. 143-4 de ce code).

#### ***La réparation des conséquences de la faute inexcusable***

Selon les principes fixés en dernier lieu par les dispositions de la loi n° 76-1106 du 6 décembre 1976, aujourd'hui insérées sous les articles L. 452-1 et suivants du code de la sécurité sociale, la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle

résultant de la faute inexcusable commise par l'employeur ou de celui qu'il s'est substitué dans la direction du travail peut prétendre, indépendamment des prestations en nature et en espèces dues au titre de la couverture du risque par le régime légal, d'une part, à la majoration de la rente allouée en cas d'incapacité permanente (article L. 452-2 dudit code), d'autre part, à la réparation du préjudice causé par les souffrances physiques et morales, des préjudices esthétiques et d'agrément et du préjudice résultant de la perte ou de la diminution des possibilités de promotion professionnelle ainsi, lorsqu'elle demeure atteinte d'une incapacité permanente totale, qu'à une indemnité forfaitaire égale au montant du salaire minimum légal en vigueur à la date de la consolidation (article L. 452-3, alinéa 1<sup>er</sup>, dudit code); les ayants droit de la victime peuvent obtenir de même, en cas de décès de la victime, la réparation de leur préjudice moral (*ibid.*, alinéa 2). Il appartient à l'organisme de sécurité sociale de faire l'avance à la victime ou à ses ayants droit des réparations complémentaires, dont il récupère ensuite le montant auprès de l'employeur soit par voie de cotisations complémentaires (majoration de rente ou indemnité forfaitaire), soit directement (autres préjudices). Les juridictions du contentieux général de la sécurité sociale sont exclusivement compétentes pour connaître tant de la reconnaissance de la faute inexcusable que de la condamnation de son auteur à réparation.

Ces dispositions qui restreignent ainsi, en dépit des efforts de la jurisprudence, les droits à indemnisation de la victime d'une faute inexcusable à certains chefs de préjudice, ont fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cass., QPC, 7 mai 2010, n° 12005, pourvoi n° 09-87.288). S'il a conclu à la conformité à la Constitution tant des règles de prise en charge, au titre du régime légal, des accidents du travail et maladies professionnelles que du mécanisme d'indemnisation de la faute inexcusable par l'intermédiaire des organismes de sécurité sociale, le Conseil constitutionnel a cependant énoncé que les dispositions de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale ne sauraient « sans porter une atteinte disproportionnée au droit des victimes d'actes fautifs, faire obstacle à ce que ces mêmes personnes, devant les mêmes juridictions [*i. e.* les juridictions du contentieux général], puissent demander à l'employeur réparation de l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale », et a assorti d'une réserve d'interprétation en ce sens la déclaration de conformité de ces dispositions à la Constitution (Cons. const., 18 juin 2010, décision n° 2010-8 QPC, *JO* du 19 juin 2010, p. 11149, considérant n° 18).

L'application de cette décision se heurte, en pratique, à trois séries de difficultés. Il n'est pas certain, en premier lieu, qu'elle implique en faveur de la victime et de ses ayants droit la réparation intégrale du préjudice subi, ne serait-ce qu'en raison de la distinction opérée, traditionnellement, par le droit des accidents du travail entre la faute inexcusable et la faute intentionnelle de l'employeur, celle-ci ouvrant seule, jusqu'à présent, droit à la réparation de l'intégralité du préjudice selon les règles matérielles et processuelles du droit commun. Elle n'ouvre pas, en deuxième lieu, à la victime et à ses ayants droit le bénéfice, pour la réparation effective des chefs de préjudice non mentionnés dans les dispositions actuelles de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale, de l'intervention de l'organisme de sécurité sociale autant pour mener la procédure amiable ou contentieuse vis-à-vis de l'employeur que pour faire l'avance du paiement des indemnités. Elle introduit, en troisième lieu et enfin, un facteur de complexité dès lors qu'aux prestations en nature et en espèces versées au titre du régime légal et aux réparations complémentaires prévues par l'article L. 452-3 et garanties

par l'organisme, vient s'ajouter, à la seule diligence de la victime et de ses ayants droit, la réparation d'autres chefs de préjudice. On ajoutera enfin que l'application immédiate des principes de la réparation étendue, voire intégrale, pourrait compromettre nombre d'entreprises de taille moyenne, dès lors que leur assureur se refuserait à supporter la conséquence d'un risque dont la réserve introduite par le Conseil constitutionnel modifie considérablement l'étendue. De la sorte, la décision de ce dernier pourrait donner naissance à un abondant contentieux sans que les victimes n'y trouvent véritablement leur compte.

C'est pourquoi il paraît judicieux de procéder, sans attendre, à la modification des dispositions du code de la sécurité sociale. La proposition formulée ci-après tend, d'une part, à ériger en principe la réparation dans son intégralité selon les règles de droit commun du préjudice subi par la victime d'une faute inexcusable, d'autre part, à soumettre celle-ci dans son ensemble aux règles qui font intervenir l'organisme de sécurité sociale pour le paiement des sommes dues et attribuent le contentieux aux juridictions du contentieux général de la sécurité sociale. Elle opte également, à titre transitoire, pour l'imputation, en ce qui concerne les accidents survenus et les maladies constatées postérieurement au 18 juin 2010, à la branche accidents du travail et maladies professionnelles du régime du montant des sommes en jeu inhérentes à l'extension de la réparation, selon la formule retenue par le législateur voici douze ans quant à l'indemnisation des victimes d'affections professionnelles liées à l'exposition à l'amiante et à ses dérivés (loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, modifiée, article 40).

Les dispositions des articles L. 451-1 à L. 455-2 du code de la sécurité sociale étant rendues applicables, par l'effet de l'article L. 751-9 du code rural et de la pêche maritime, au régime des accidents du travail et des maladies professionnelles des salariés agricoles, la modification proposée étendra ses effets à ces derniers. Il conviendrait de procéder, par ailleurs, à la modification des dispositions applicables, chacun en ce qui le concerne, aux régimes spéciaux mentionnés à l'article L. 711-1 du code de la sécurité sociale pour autant qu'ils comportent une branche accidents du travail. La question ne se pose pas en revanche, faute d'employeur, s'agissant du régime d'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles des non-salariés agricoles (régime AAEXA).

Aussi est-il proposé de modifier ainsi les dispositions de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale :

« Article unique

I – Les dispositions du premier alinéa de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale sont abrogées et remplacées par les dispositions suivantes :

“Indépendamment de la majoration de rente qu'elle reçoit en vertu de l'article précédent, la victime a le droit de demander à l'employeur devant la juridiction de sécurité sociale la réparation de l'ensemble des préjudices qui ne sont pas couverts par les prestations, majorations et indemnités prévues par le présent livre.”

II – La branche accidents du travail du régime général et celle du régime des salariés agricoles supportent définitivement, chacune en ce qui la concerne, la charge imputable à la modification de l'étendue de la réparation, résultant du I du présent article, des accidents du travail survenus et des maladies professionnelles constatées antérieurement au 19 juin 2010. »

### **Contentieux de la désignation des membres des unions régionales des professionnels de santé**

Reprenant pour en étendre le champ d'application à l'ensemble des professions de santé les dispositions antérieurement applicables aux seuls médecins, la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires a entendu instituer, dans chaque région et dans la collectivité territoriale de Corse, une union régionale des professions de santé qui rassemble, pour chaque profession, les représentants des professionnels de santé exerçant à titre libéral (article 4031-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de la santé publique, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-879, article 123 I). Les membres des unions régionales sont normalement élus, pour une durée de cinq ans et par profession, par les professionnels de santé exerçant dans la circonscription de l'union.

Les modalités de l'élection des membres des unions régionales des professionnels de santé sont fixées par les dispositions des articles R. 4031-19 et s. du code de la santé publique issues des dispositions du décret n° 2010-585 du 2 juin 2010 relatif aux unions régionales des professionnels de santé. Ces dispositions précisent, en particulier, le régime de l'enregistrement des listes de candidats et les modalités de leur dépôt auprès de la commission d'organisation électorale, lequel doit intervenir entre le quatre-vingtième et le soixante-dixième jour avant le scrutin (article R. 4031-31, alinéa 2, dudit code). Il appartient à la commission de refuser l'enregistrement de toute liste qui ne remplit pas les conditions prescrites ; le refus peut être contesté devant le tribunal d'instance dans le ressort duquel se trouve le siège de la commission d'organisation électorale, à charge pour le tribunal de se prononcer en dernier ressort dans un délai de dix jours (*ibid.*, alinéas 4 à 6).

L'application de ces dispositions suscite une difficulté qui tient au délai ouvert pour la contestation du refus d'enregistrement d'une liste de candidats. Les dispositions de l'article R. 4031-31, alinéa 4, du code de la santé publique énoncent en effet que « ce refus peut être contesté dans les trois jours qui suivent sa notification au mandataire », sans préciser ni les modalités selon lesquelles la notification doit être opérée, ni s'il convient de retenir la date de l'envoi de la notification ou bien celle de sa réception pour déterminer l'expiration du délai de trois jours. C'est d'ailleurs à une telle difficulté que la deuxième chambre civile a été confrontée lors de l'examen, en décembre 2010, d'un pourvoi introduit à l'encontre d'un jugement déclarant irrecevable le recours formé plus de trois jours après l'envoi de la notification de la décision de refus de la commission d'organisation électorale.

Il importe de retenir en la matière une solution qui s'accorde aux exigences du contentieux électoral, *a fortiori* au contentieux de l'enregistrement des candidatures qui doit être apuré nécessairement avant l'ouverture des opérations électorales proprement dites. À titre de comparaison, les dispositions du code électoral n'ouvrent, s'agissant de l'élection des conseillers municipaux et des membres du conseil de Paris, à celui qui essuie un refus d'enregistrement de sa candidature par l'autorité préfectorale, qu'un délai de vingt-quatre heures pour saisir le tribunal administratif, sans que soient précisées, au reste, les modalités selon lesquelles le refus est porté à la connaissance de l'intéressé, ni le point de départ du délai de vingt-quatre heures (article L. 265, alinéa 7, du code électoral). C'est une règle de même nature qui s'applique, *mutatis mutandis*, au préfet lorsqu'il reçoit une candidature à

la députation à l'Assemblée nationale qui ne remplit pas les conditions prévues par le code électoral (*ibid.*, article L. 159).

C'est pourquoi il est proposé de modifier les dispositions de l'article R. 4031-31 du code de la santé publique de manière à laisser au juge du fond le pouvoir d'apprécier, *in concreto*, le respect du délai imparti aux candidats pour contester le refus d'enregistrement de leur candidature, en remplaçant les dispositions de la deuxième phrase du quatrième alinéa par les dispositions suivantes :

« En cas de refus d'enregistrement, tout candidat de la liste intéressée peut dans les trois jours saisir le tribunal d'instance dans le ressort duquel se trouve le siège de la commission d'organisation électorale. »

### **Recouvrement des indus par les organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole**

Les organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole sont appelés, en cas d'erreur ou de fraude, à recouvrer le montant des prestations qu'ils ont indûment versées à leurs assurés ou allocataires. Jusqu'à une période récente, la répétition de l'indu obéissait, pour l'essentiel, aux règles de droit commun fixées par le code civil, réserve faite de l'application des règles de prescription propres aux prestations sociales (en principe la prescription biennale) et de la faculté reconnue aux organismes de procéder, sous certaines conditions, à la remise gracieuse, en tout ou partie, du montant des sommes litigieuses.

Comme le relève l'étude consacrée au droit de savoir (p. 205), le recouvrement des indus a donné lieu, depuis une quinzaine d'années, à la multiplication des dispositions législatives en la matière : qu'elles s'appliquent au recouvrement des prestations proprement dites (voir loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, article 25) ou bien au recouvrement directement auprès des professionnels et établissements de santé des prestations indûment versées du chef du non-respect par ces derniers des règles en matière de facturation, de tarification et de prise en charge, ces dispositions ont eu pour objet, en particulier, d'assortir le recouvrement de l'indu de la mise en œuvre au préalable de mesures d'information du débiteur.

Si une telle évolution ne saurait être remise en cause, la multiplication des dispositions en la matière conduit à une complication certaine du recouvrement de l'indu, susceptible de relever, selon la prestation, l'événement à l'origine de l'indu ou encore le débiteur des sommes en cause, de procédures qui ne se distinguent que malaisément, quand bien même elles ne se chevauchent ou ne se cumulent. Ainsi, un professionnel de santé peut-il faire l'objet, en application de l'article L. 133-4 du code de la sécurité sociale, d'une procédure de recouvrement de l'indu soumise à un ensemble de formalités bien précises, alors même que la procédure s'inscrit, le cas échéant, dans le cadre d'un examen de son activité par le service du contrôle médical en application de l'article L. 315-1 dudit code, lequel donne lieu, de même, à l'application de règles de procédure de nature à garantir les droits de l'intéressé. On ajoutera que les procédures *ad hoc* édictées par le législateur au cours de la période récente ne font pas obstacle *ipso facto* à l'application, le cas échéant, des règles de droit commun en matière de recouvrement d'indu et de responsabilité civile.

Il apparaît utile, dans ces conditions, de procéder à une clarification des dispositions qui régissent le recouvrement de l'indu en matière de sécurité sociale. Une telle clarification devrait s'inscrire, en premier lieu, autour de deux principes directeurs, le premier tendant à la détermination du champ d'application respectif de chacune des procédures de recouvrement, le second à l'articulation des procédures de contrôle et des procédures de recouvrement de l'indu, s'agissant en particulier des règles qui garantissent l'information et le respect du contradictoire et des droits de la défense au bénéfice des usagers du service public. Des dispositions propres aux procédures complexes (tel le recouvrement par les organismes d'assurance maladie des indus auprès des professionnels et établissements de santé à la suite des contrôles opérés par les agences régionales de santé) devraient permettre l'appel en la cause, lors du contentieux de l'indu, de l'organisme qui a procédé au contrôle.

***Communication du dossier médical pour les besoins d'une expertise judiciaire ordonnée dans un litige opposant un employeur à un organisme social sur le caractère professionnel d'une affection***

Les caisses d'assurance maladie jouent un rôle pivot dans la prise en charge du risque professionnel. Les caisses primaires instruisent les demandes de prise en charge, puis assurent l'indemnisation des salariés victimes, et informent les caisses régionales des dépenses ainsi engagées, ces dernières prenant ensuite en compte ces informations pour le calcul du taux AT/MP (accidents du travail/maladies professionnelles) de l'employeur.

De même, la majoration de la rente, prévue en cas de faute inexcusable de l'employeur, en application de l'article L. 452-2 du code de la sécurité sociale, et les indemnités allouées, conformément à l'article L. 452-3 du même code, sont versées par les caisses primaires d'assurance maladie, qui les recouvrent ensuite auprès de l'employeur, par l'imposition d'une cotisation complémentaire, s'agissant de la majoration de la rente, et par le paiement effectif des sommes dues, s'agissant des indemnités allouées en réparation des différents préjudices.

La jurisprudence a tiré de ces dispositions le principe de « l'indépendance des rapports » caisse-employeur, caisse-salarié, et salarié-employeur, de sorte que la décision de prise en charge, ou attributive de rente, lie définitivement la caisse dans ses rapports avec les salariés, même si l'employeur en conteste par la suite le bien-fondé, ou simplement l'opposabilité à son encontre (Soc., 26 mars 1984, *Bull.* 1984, V, n° 120, pourvoi n° 82-16.744 ; Soc., 28 février 2002, *Bull.* 2002, V, n° 81, pourvoi n° 99-17.201 ; 2<sup>e</sup> Civ., 16 mars 2004, pourvoi n° 02-30.979 ; 2<sup>e</sup> Civ., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-12.722 ; 2<sup>e</sup> Civ., 17 janvier 2008, pourvoi n° 07-11.885).

De même, le fait que le caractère professionnel de la maladie ne soit pas établi entre la caisse et l'employeur ne prive pas la victime du droit de faire reconnaître la faute inexcusable de son employeur, la juridiction étant en mesure après débat contradictoire de rechercher si la maladie a un caractère professionnel et si l'assuré a été exposé au risque dans des conditions constitutives d'une telle faute (Soc., 28 février 2002, précité ; 2<sup>e</sup> Civ., 16 mars 2004, précité ; 2<sup>e</sup> Civ., 17 janvier 2008, précité).

En revanche, dès lors que le caractère professionnel de l'affection n'est pas établi à l'égard de l'employeur du salarié victime, la caisse ne peut exercer à son encontre aucune



action en remboursement des sommes avancées, et la décision de cet organisme social est sans influence sur son taux de cotisation AT/MP.

Dans les rapports l'opposant à l'employeur, la caisse primaire est tenue de rapporter la preuve du bien-fondé de ses décisions, qu'il s'agisse du caractère professionnel de l'accident ou de la maladie, ou du taux d'incapacité retenu pour l'attribution d'une rente.

Ces questions impliquent parfois l'appréciation d'éléments tenant à l'état de santé du salarié, qui n'est pas partie à l'instance, puisque le bénéfice de la décision de la caisse lui est définitivement acquis.

En particulier, démontrer le bien-fondé de la reconnaissance du caractère professionnel d'une maladie implique de déterminer si le salarié est atteint de la maladie figurant dans le tableau de maladie professionnelle invoqué. De même, l'appréciation du caractère professionnel d'une rechute, ou la décision d'attribuer une rente en raison de son invalidité est fondée sur différents critères médicaux.

Une contestation de l'employeur peut toutefois générer des difficultés pour la caisse primaire qui, subrogée dans les droits du salarié auquel elle sert les prestations prévues par le livre IV du code de la sécurité sociale, a la charge de l'administration de la preuve (même si elle bénéficie des mêmes présomptions que le salarié victime). L'instance oppose en effet les services administratifs de la caisse à l'employeur, alors que celle-ci s'est fondée sur un avis émis par le médecin-conseil, qui est tenu au secret médical, et n'est pas appelé à l'instance.

Le salarié n'est pas non plus partie à l'instance, la décision de prise en charge, ou attributive de rente, étant définitive en ce qui le concerne. La caisse primaire peut se trouver alors dans l'impossibilité de démontrer le bien-fondé de sa décision.

Par deux arrêts du 19 février 2009, relatifs à la fixation du taux d'incapacité du salarié victime relevant du contentieux technique de la sécurité sociale organisé par les articles L. 143-1 et suivants du code de la sécurité sociale, la deuxième chambre civile a décidé que si la caisse n'avait pas fourni les pièces nécessaires à un réel débat contradictoire, sa décision n'était pas opposable à l'employeur, qui n'avait pu exercer de manière effective son droit à recours (2<sup>e</sup> Civ., 19 février 2009, *Bull.* 2009, II, n° 62, pourvoi n° 08-11.959 et n° 62, pourvoi n° 08-11.888).

C'est pourquoi l'article 79 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital a modifié l'article L. 143-10 du code de la sécurité sociale, en organisant, dans le cadre d'une expertise organisée par la juridiction du contentieux de l'incapacité, la communication du dossier médical au médecin-expert, et à celui désigné par l'employeur.

En revanche, aucun texte ne permet d'organiser une telle communication dans les litiges relevant du contentieux général de la sécurité sociale, c'est-à-dire lorsqu'une contestation oppose l'employeur et la caisse primaire d'assurance maladie quant au bien-fondé de la prise en charge au titre de la législation professionnelle d'un accident, d'une maladie ou d'une rechute.

Pour justifier leurs décisions, les services administratifs des caisses primaires ne disposent donc alors que des seuls documents figurant dans le dossier administratif du salarié victime, et non des informations complémentaires qui peuvent avoir été recueillies par le

## PREMIÈRE PARTIE : SUGGESTIONS DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES

médecin-conseil. En particulier, s'agissant de l'avis du contrôle médical, qui les lie, elles ne disposent que d'un avis administratif qui ne comprend aucune précision médicale.

Il semble souhaitable qu'une possibilité de communication du dossier constitué par le médecin-conseil soit également prévue dans ce cas, lorsque la juridiction de droit commun de la sécurité sociale estime nécessaire d'organiser une expertise afin d'apprécier, au regard des critères médicaux, le bien-fondé de la décision prise par les services administratifs de la caisse.

Il est ainsi proposé d'insérer dans le code de la sécurité sociale, à la suite des articles L. 141-1 et suivants relatifs à l'expertise médicale technique, ou bien à la suite des articles L. 142-1 et suivants relatifs au contentieux général, un article ainsi rédigé :

« Lorsqu'une mesure d'expertise judiciaire est organisée à l'occasion d'une contestation opposant un employeur à un organisme social sur le caractère professionnel d'une affection ou d'une rechute, le praticien-conseil du contrôle médical du régime de sécurité sociale transmet, sans que puisse lui être opposé les dispositions de l'article 226-13 du code pénal, à l'attention du médecin-expert désigné par la juridiction compétente, l'entier dossier médical constitué par ses soins, et ayant contribué à la décision de prise en charge [l'ayant amené à émettre un avis favorable à la décision de prise en charge]. À la demande de l'employeur, ce dossier est communiqué au médecin qu'il mandate à cet effet.

La victime de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle est informée de cette communication.

Un décret en Conseil d'État détermine les conditions d'application du présent article. »

### **Droit du travail**

#### ***Possibilité pour le juge de décider d'une prorogation du mandat des représentants du personnel dans l'entreprise***

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008, réformant la démocratie sociale, a démultiplié les risques de contentieux relatif à l'élection des représentants du personnel dans l'entreprise et, par conséquent, même si la chambre sociale a tenté d'en limiter les effets, les risques d'annulation de scrutins. La question, déjà posée depuis plusieurs années, de la possibilité pour le juge d'ordonner, en cas d'annulation, la prorogation des anciens mandats jusqu'au scrutin pour éviter de laisser les entreprises sans représentation, prend donc une acuité particulière. Or la durée des mandats est une matière d'ordre public et seule la loi peut permettre au juge d'autoriser cette prorogation. À l'occasion des pourvois, la chambre sociale n'a pu constater que les décisions d'annulation laissent l'entreprise sans représentation du personnel pendant une période relativement longue. À l'heure actuelle, la prorogation n'est possible que si elle est décidée par l'unanimité des partenaires sociaux, ce qui est rarement le cas (par exemple, Soc., 16 janvier 2008, pourvoi n° 06-40.710).

Il est donc suggéré d'introduire une disposition légale autorisant le juge d'instance, si les circonstances l'exigent, à proroger les mandats en cours pour une durée précise en fonction de la date fixée pour le renouvellement des institutions représentatives.

## II – PROPOSITIONS DE RÉFORME EN MATIÈRE PÉNALE

Le comité de suivi, composé des membres du bureau de la Cour de cassation ainsi que de la directrice des affaires criminelles et des grâces, s'est réuni le 28 janvier 2011 afin, d'une part, d'examiner les suites réservées aux propositions de réforme des dispositions de nature législative et réglementaire en matière pénale présentées dans les précédents rapports annuels et, d'autre part, d'évoquer les propositions nouvelles.

### A – Suivi des suggestions de réforme

#### ***Extension de la représentation obligatoire devant la chambre criminelle***

Cette proposition, régulièrement formulée depuis 2000<sup>14</sup>, n'a pas été suivie d'effet.

#### ***Modification de l'article 623 du code de procédure pénale***<sup>15</sup>

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 encore été suivie d'effet.

Elle figure cependant dans la dernière proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 2 décembre 2009 et modifiée par le Sénat le 14 décembre 2010. 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. La disposition prévoit ainsi que « lorsque la demande en révision est manifestement irrecevable, le président de la commission de révision, ou son délégué, peut la rejeter par ordonnance motivée ».

#### ***Modification de la législation sur la conservation des scellés***<sup>16</sup>

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.

#### ***Modification des articles 222-13 et 132-80 du code pénal***<sup>17</sup>

Il était suggéré au *Rapport* 2008 et au *Rapport* 2009, dans un souci de cohérence et d'efficacité de l'intervention judiciaire, de compléter l'article 222-13 6° du code pénal afin que la circonstance aggravante prévue à l'article 132-80, alinéa 2, du même code, introduit par

14. *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; *Rapport* 2009, p. 21.

15. *Rapport* 2007, p. 20; *Rapport* 2008, p. 19; *Rapport* 2009, p. 22.

16. *Rapport* 2007, p. 21; *Rapport* 2008, p. 19; *Rapport* 2009, p. 22.

17. *Rapport* 2008, p. 19; *Rapport* 2009, p. 23.

la loi n° 2006-399 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 a été suivie d'effet, puisque l'article 32 de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, a modifié le début du premier alinéa de l'article 132-80 du code pénal, qui est désormais ainsi rédigé : « dans les cas respectivement prévus par la loi ou le règlement, les peines encourues pour un crime, un délit ou une contravention sont aggravées [...] » (le reste sans changement).

#### **Modification de l'article 224-4 du code pénal<sup>18</sup>**

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* et dans le *Rapport 2009*, 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 n'a pas été suivie d'effet.

#### **Modification de l'article 2-1 du code de procédure pénale<sup>19</sup>**

Il était proposé, dans le *Rapport 2008* ainsi que dans le *Rapport 2009*, 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.

18. *Rapport 2008*, p. 20 ; *Rapport 2009*, p. 23.

19. *Rapport 2008*, p. 21 ; *Rapport 2009*, p. 24.

Cette suggestion a été reprise par la proposition de loi n° 2756 relative à la constitution de partie civile par des associations, déposée par MM. Jean-Luc Warsmann et Étienne Blanc le 13 juillet 2010 et permettant d'autoriser certaines associations à se constituer partie civile dans ces conditions : il s'agit des associations de lutte contre le racisme (article 2-1 du code de procédure pénale), des associations de défense des victimes de violences familiales (article 2-2 du code de procédure pénale), des associations de lutte contre le sexisme (article 2-6 du code de procédure pénale), des associations de défense des personnes handicapées (article 2-8 du code de procédure pénale), des associations de défense des victimes d'exclusion (article 2-10 du code de procédure pénale), des associations de lutte contre les infractions routières (article 2-12 du code de procédure pénale), des associations de défense des victimes d'accidents du travail (article 2-18 du code de procédure pénale) et des associations de défense des locataires ou bailleurs des immeubles collectifs (article 2-20 du code de procédure pénale).

#### **Modification de l'article 181 du code de procédure pénale<sup>20</sup>**

À plusieurs reprises, il avait été proposé 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.

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

L'avant-projet de code de procédure pénale publié le 3 mars 2010 revient sur la possibilité d'ordonner le maintien en détention lors de l'ordonnance de mise en accusation, dans un article 433-37 ainsi rédigé : « lorsque la partie pénale est renvoyée devant le tribunal correctionnel ou la cour d'assises, le procureur de la République peut saisir le juge de l'enquête et des libertés pour qu'il décide, par ordonnance motivée, du maintien de la détention provisoire du prévenu ou de l'accusé jusqu'à sa comparution devant la juridiction de jugement ».

#### **Modification de l'article 367 du code de procédure pénale<sup>21</sup>**

Il était proposé, dans le *Rapport 2008*, puis à nouveau dans le *Rapport 2009*, 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.

Elle figure toutefois dans la dernière proposition de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 2 décembre 2009 et modifiée par le Sénat le 14 décembre 2010 (article 116 4°).

20. *Rapport 2008*, p. 22; *Rapport 2009*, p. 24.

21. *Rapport 2008*, p. 22; *Rapport 2009*, p. 25.

**Modification de l'article 505-1 du code de procédure pénale<sup>22</sup>**

La loi n° 2004-204 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* et dans le *Rapport 2009*, 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.

**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<sup>23</sup>**

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, *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.

22. *Rapport 2008*, p. 22; *Rapport 2009*, p. 25.

23. *Rapport 2009*, p. 26.

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.

Par conséquent, il semblait 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.

Cette suggestion figure dans la proposition de loi n° 2746 déposée le 13 juillet 2010 par le député Jean-Luc Warsmann, tendant à compléter l'article L. 480-3 du code de l'urbanisme par un alinéa qui pénalise la continuation des travaux nonobstant la décision de la juridiction administrative prononçant la suspension de l'autorisation d'urbanisme. Cette proposition a pour le moment été renvoyée à la commission des affaires économiques, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus.

***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***<sup>24</sup>

La Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt du 21 février 2008 (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 à l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales était contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, notamment à son 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. Le *Rapport 2009* insistait sur

---

24. *Rapport 2009*, p. 27.

la nécessité d'une mise à jour de ces textes, 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 n° 2008-776 et 2008-1443 des 4 août et 30 décembre 2008, et en matière pénale l'article L. 450-4 du code de commerce issu de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008.

Nonobstant l'éventuelle harmonisation des différents textes relatifs aux visites et saisies domiciliaires, il apparaissait *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.

C'est ainsi que les ordonnances n° 2010-462 du 6 mai 2010, créant un livre IX du code rural relatif à la pêche maritime et à l'aquaculture marine, et n° 2010-379 du 14 avril 2010, relative à la santé des sportifs et à la mise en conformité du code du sport avec les principes du code mondial antidopage, ont apporté plusieurs modifications aux articles L. 8271-13 du code du travail et L. 232-19 du code du sport, conformes à la jurisprudence Ravon : information préalable du procureur de la République, substitution à l'autorisation du président du tribunal de grande instance de celle du juge des libertés et de la détention, et suppression de la seule possibilité de se pourvoir en cassation pour contester l'ordonnance autorisant les saisies.

#### **Modification de l'article 226-10 du code pénal<sup>25</sup>**

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 était proposé 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.

---

25. *Rapport 2009*, p. 28.



C'est dans ces conditions que la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants a modifié l'article L. 226-10 du code pénal, par l'ajout d'une virgule après le terme de non-lieu et en remplaçant l'expression « la réalité du fait n'est pas établie » par l'expression « le fait n'a pas été commis ».

Dorénavant, l'exigence qu'il soit judiciairement retenu que le fait n'a pas été commis s'applique à toutes les décisions, et non uniquement au non-lieu.

### **Modification des peines prévues en matière de harcèlement sexuel et de harcèlement moral<sup>26</sup>**

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 était puni d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende par l'article L. 1155-2 du code du travail.

Le second est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende à l'article 222-33-2 du code pénal, et était puni d'un an d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende à l'article L. 1155-2 du code travail. Même si ce décalage n'entraînait pas de difficultés pratiques particulières, les faits étant poursuivis sous leur qualification pénale la plus haute, la cohérence des textes rendait 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, devraient être adaptées dans ce domaine du harcèlement moral au travail.

La loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants a ainsi, suivant les recommandations du *Rapport 2009*, unifié les sanctions applicables en matière de harcèlement sexuel et de harcèlement moral. L'article L. 1155-2 du code du travail prévoit désormais que les faits de harcèlement moral et sexuel sont punis d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 15 000 €.

### **Modification de l'article 706-71 du code de procédure pénale et nouvel article D. 47-28-1 du code de procédure pénale<sup>27</sup>**

Le *Rapport 2009* préconisait d'étendre les possibilités de recourir à la vidéoconférence devant la chambre de l'instruction.

Les articles 706-119 et suivants du code de procédure pénale ont organisé la procédure applicable en matière d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Désormais, au

---

26. *Rapport 2009*, p. 29.

27. *Rapport 2009*, p. 29.

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, le *Rapport 2009* soulignait que l'organisation de ces audiences, la décision de la chambre de l'instruction devant intervenir dans un délai de quatre mois en matière correctionnelle et de six mois en matière criminelle, risquait d'être très lourde, notamment pour assurer la présence effective des experts, et qu'il serait par conséquent sur ce point, utile que l'article 706-71 du code de procédure pénale prévoit la possibilité de recourir à un moyen de télécommunication audiovisuelle.

Cette proposition a été suivie d'effet, puisque le décret n° 2010-692 du 24 juillet 2010 précisant les dispositions du code de procédure pénale relatives à l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, a inséré un nouvel article dans le code de procédure pénale, l'article D. 47-28-1, qui autorise le recours à la visioconférence pour l'audition des témoins et des experts lors des audiences d'irresponsabilité pénale devant la chambre de l'instruction.

#### **Modification de l'article 194 du code de procédure pénale<sup>28</sup>**

Il était proposé, dans le *Rapport 2009*, 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 avait en effet révélé 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.

Cette suggestion a été reprise par la proposition de loi n° 2750 déposée le 13 juillet 2010 par le député Jean-Luc Warsmann, qui introduit un nouvel alinéa avant le dernier alinéa de l'article 194 du code de procédure pénale, prévoyant un délai de vingt jours dans lequel la chambre de l'instruction devra se prononcer, faute de quoi la mainlevée de la mesure sera acquise de plein droit à la personne mise en examen, comme le prévoit déjà l'article 140 du code de procédure pénale lorsque la chambre de l'instruction ne statue pas dans le délai légal sur une demande de mainlevée. Cette proposition a pour le moment été renvoyée à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus.

#### **Modification de l'article 185 du code de procédure pénale<sup>29</sup>**

Le *Rapport 2009* recommandait de soumettre l'appel du procureur général aux mêmes formalités que l'appel du procureur de la République et des parties.

---

28. *Rapport 2009*, p. 30.

29. *Rapport 2009*, p. 30.

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 était jugé souhaitable de modifier l'article 185 en prévoyant un appel par déclaration au greffe.

La proposition de simplification et d'amélioration de la qualité du droit votée en première lecture par l'Assemblée nationale et le Sénat reprend, à la suite d'un amendement du gouvernement, cette suggestion, en rédigeant ainsi la deuxième phrase du dernier alinéa de l'article 185 du code de procédure pénale : « celui-ci [le procureur général] forme cet appel dans les dix jours qui suivent l'ordonnance du juge par déclaration au greffe du tribunal » (article 116 13°).

#### **Modification de l'article 470-1 et de l'article 475-1 du code de procédure pénale<sup>30</sup>**

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 apparaissait donc souhaitable.

Cette suggestion a été reprise par la proposition de loi n° 2749, déposée le 13 juillet 2010 par M. Jean-Luc Warsmann, qui vise à compléter l'article 475-1 en insérant, après les mots « l'auteur de l'infraction », les mots « ou la personne condamnée civilement en application des dispositions de l'article 470-1 ». La juridiction se prononçant sur le fondement de l'article 470-1, aura ainsi la possibilité d'accorder à la partie civile la somme qu'elle détermine, au titre des frais non payés par l'État et exposés par celle-ci. Cette proposition a pour le moment été renvoyée à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus.

---

30. *Rapport 2009*, p. 30.

**Modification de l'article 720-1-1 du code de procédure pénale<sup>31</sup>**

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'était 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.

Cette proposition a été suivie d'effet par l'entrée en vigueur de la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, qui a modifié l'article 720-1-1 du code de procédure pénale en permettant au juge de l'application des peines de mettre fin à la mesure de suspension d'emprisonnement pour motif médical, s'il apparaît un risque grave de renouvellement de l'infraction.

**Modification de l'article 732 du code de procédure pénale<sup>32</sup>**

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.

Cette suggestion, à la suite d'un amendement du gouvernement, a été reprise dans la dernière proposition de simplification et d'amélioration de la qualité du droit votée en première lecture par l'Assemblée nationale et le Sénat, dont l'article 116 19° modifie l'article 732 du code précité aux fins de préciser que le juge d'application des peines est toujours compétent pour modifier les dispositions d'une décision de libération conditionnelle.

---

31. *Rapport 2009*, p. 31.

32. *Rapport 2009*, p. 31.

### **Pourvois formés à l'encontre des décisions de la juridiction de proximité<sup>33</sup>**

Il était suggéré, au *Rapport 2009*, 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 étaient invoquées 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 président de la Cour de cassation de consacrer tant de temps au traitement de ce contentieux contraventionnel de petite police.

La directrice des affaires criminelles et des grâces indique que cette proposition sera réétudiée.

### **Encadrement juridique des autopsies judiciaires<sup>34</sup>**

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.

Comme le proposait le *Rapport 2009*, il y a là, dans le silence des textes, une opportunité de légiférer en la matière.

Une proposition de loi « visant à renforcer l'encadrement juridique des autopsies judiciaires et l'information des familles sur leurs droits » a été déposée le 9 juin 2010 à l'Assemblée nationale. Cette proposition crée notamment un nouveau chapitre dans le code de procédure pénale intitulé « Des autopsies judiciaires et des prélèvements », et encadre les conditions de restauration des corps et le délai de restitution aux familles, ainsi que les modalités de conservation, de destruction et de restitution des prélèvements humains sous main de justice. Cette proposition a pour le moment été renvoyée à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus.

### **Exercice de l'action civile au nom d'une association étrangère<sup>35</sup>**

La chambre criminelle avait jugé (Crim., 16 novembre 1999, *Bull. crim.* 1999, n° 260, pourvoi n° 96-85.723) que les associations étrangères devaient se soumettre, pour obtenir

---

33. *Rapport 2009*, p. 31.

34. *Rapport 2009*, p. 32.

35. *Rapport 2009*, p. 32.

la capacité d'ester en justice, aux formalités de l'article 5 de la loi du 1<sup>er</sup> 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 européenne des droits de l'homme par un arrêt du 15 janvier 2009 (Ligue du monde islamique et Organisation islamique mondiale du secours islamique c. France, requêtes n° 36497/05 et 37172/05). 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, elles 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 (*Bull. crim.* 2009, n° 205, pourvoi n° 09-81.607), 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, le *Rapport 2009* avait émis le vœu 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.

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

### **Pouvoirs d'évocation de la chambre de l'instruction<sup>36</sup>**

Il était 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 était jugée quelque peu confuse et imprécise en ce qui concerne l'étendue et les limites de ces pouvoirs.

L'avant-projet de code de procédure pénale du 1<sup>er</sup> mars 2010 intègre à cet effet de nouvelles dispositions relatives aux pouvoirs d'évocation de la chambre de l'enquête, dans une section décrivant les pouvoirs d'évocation de la chambre en cas de carence du parquet, d'exécution imparfaite par le parquet, d'évocation partielle ou totale, ou de caducité de la procédure tendant à l'évocation.

---

36. *Rapport 2009*, p. 33.

***Insertion d'un communiqué de presse après décision de non-lieu*<sup>37</sup>**

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 était estimé 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.

La proposition de loi n° 2748 déposée le 13 juillet 2010 à l'Assemblée nationale par M. Jean-Luc Warsmann prévoit ainsi de remplacer dans les deux articles en cause le mot « concernée » par « mise en examen ou entendue comme témoin assisté », permettant ainsi à la personne qui avait bénéficié du statut de témoin assisté dans une procédure judiciaire qui se conclut par une décision de non-lieu de demander, comme le mis en examen, la publication de la décision ou l'insertion d'un communiqué.

***Jugement par la cour d'assises d'un délit connexe à un crime*<sup>38</sup>**

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 était proposé par le *Rapport 2009*, 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), comparait 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.

---

37. *Rapport 2009*, p. 33.

38. *Rapport 2009*, p. 34.

## PREMIÈRE PARTIE : SUGGESTIONS DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES

Cette disposition pourrait, selon cette proposition, 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 tout 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.

Telle est la modification opérée, à la suite d'un amendement du gouvernement, par la dernière proposition de simplification et de clarification du droit déposée par M. Jean-Luc Warsmann et votée en première lecture par l'Assemblée nationale le 2 décembre 2009, qui insère un nouvel article 286-1 au code de procédure pénale ainsi rédigé, et prévoit la suppression des dispositions particulières à l'appel de l'article 380-1 du code de procédure pénale (article 116 14°).

### ***Abrogation de l'article 370 de la loi du 16 décembre 1992***

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<sup>er</sup> mars 1994. Cette proposition n'a pas été suivie d'effet.

## **B – Suggestions nouvelles**

### **Propositions de réforme de la procédure pénale**

#### ***Introduction dans la réglementation de la garde à vue de dispositions permettant de respecter pleinement la Convention européenne des droits de l'homme***

Par trois arrêts du 19 octobre 2010 (voir p. 422), la chambre criminelle siégeant en formation plénière a relevé que le régime en vigueur de la garde à vue ne satisfaisait pas aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, notamment en ce qui concerne la notification du droit au silence de la personne gardée à vue et son assistance effective par un avocat au cours de l'exécution de cette mesure. En outre, elle a jugé que des dérogations au droit à l'assistance par un avocat ne pouvaient se faire en fonction de la nature des infractions susceptibles d'être reprochées à la personne gardée à vue mais en considération de situations particulières. L'application de ces règles requiert que le législateur prenne des dispositions permettant la mise en œuvre de ces principes.

Le gouvernement a déposé un projet de loi relatif à la garde à vue qui a été adopté en première lecture le 25 janvier 2011 par l'Assemblée nationale.



### **Modification de l'article 82 du code de procédure pénale**

Par arrêt rendu le 11 mai 2010 (*Bull. crim.* 2010, n° 78, pourvoi n° 10-80.953), la chambre criminelle a jugé que l'article 82 du code de procédure pénale, qui prévoit que le procureur de la République peut demander à assister à l'exécution des actes qu'il requiert, ne respecte pas le principe de l'égalité des armes, en ce qu'il lui ouvre un droit dont ne disposent pas les autres parties sauf à ce que celles-ci soient invitées à assister à cet acte. Il conviendrait qu'une réflexion soit engagée pour permettre que, dans le cadre de l'instruction préparatoire, chaque partie ait des droits identiques en matière de demandes d'actes.

La directrice des affaires criminelles et des grâces estime que, dans l'attente d'un vecteur législatif, la décision pourrait faire l'objet d'une dépêche de la chancellerie. Elle indique, en outre, qu'une réflexion plus globale sur les droits des parties à l'instruction en matière de demandes d'actes ne semble pas opportune dans la mesure où un projet de réforme d'ensemble du code de procédure pénale est à l'étude et que ce projet supprimerait la phase de l'instruction.

### **Modification de l'article 113-8 du code de procédure pénale**

L'alinéa 3 de l'article 113-8 du code de procédure pénale prévoit que le témoin assisté mis en examen par lettre recommandée est informé de son droit de formuler des demandes d'actes ou des requêtes en annulation dans le délai de vingt jours. Il est ainsi fait référence au délai prévu par l'article 175 du code de procédure pénale. Or, ce délai a été modifié par la loi du 5 mars 2007 qui l'a porté à un ou trois mois, selon les cas, ainsi que l'a relevé la chambre criminelle dans un arrêt du 22 septembre 2010 (*Bull. crim.* 2010, n° 137, pourvoi n° 10-84.917). L'article 113-8 devrait donc être modifié en conséquence.

Cette suggestion est reprise dans la proposition de loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 2 décembre 2009 et modifiée par le Sénat le 14 décembre 2010 (article 116 12°).

### **Introduction d'une disposition déterminant, en cas d'appel d'une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel d'un mis en examen en détention provisoire, la juridiction compétente pour statuer sur la prolongation de cette détention et des délais d'examen**

L'article 179 du code de procédure pénale prévoit que le tribunal correctionnel doit examiner l'affaire dans les deux mois de l'ordonnance renvoyant un mis en examen devant cette juridiction, ce délai pouvant, selon l'alinéa 5 de cet article, être prorogé à deux reprises.

Il conviendrait qu'en cas d'appel d'une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel, hypothèse plus fréquente depuis l'introduction de l'article 186-3 du code de procédure pénale, il soit prévu, ce que ne font ni l'article 148-1, ni l'article 179, que la chambre de l'instruction est compétente pour prolonger la détention provisoire et qu'il soit fixé un délai dans lequel cette chambre devra statuer sur l'appel de l'ordonnance de renvoi. Un délai devrait être aussi prescrit pour que la chambre criminelle saisie d'un pourvoi en la matière statue. Enfin, la loi devrait prévoir le délai de comparution devant le tribunal correctionnel de la personne concernée.

La chambre criminelle a pu, en effet, constater que l'absence de telles dispositions créait des difficultés pratiques importantes.

La directrice des affaires criminelles et des grâces a indiqué qu'il n'y avait pas pour le moment de vecteur législatif permettant l'adoption de cette proposition, à laquelle elle se montre néanmoins favorable.

#### ***Modification de l'article 417 du code de procédure pénale***

À la suite de la décision en date du 16 juillet 2010 de la formation de constitutionnalité de la Cour de cassation (Cass., QPC, n° 12185, pourvoi n° 10-80.551), il paraît opportun de prévoir, à l'article 417 du code de procédure pénale, que le prévenu qui n'a pas fait le choix d'un avocat à l'audience doit être informé de la possibilité de se faire commettre par le président un avocat d'office.

La directrice des affaires criminelles et des grâces a indiqué que cette proposition, à laquelle elle se montre favorable, a été inscrite dans le projet de réforme du code de procédure pénale et que, dans l'attente de l'adoption de cette réforme, elle envisageait de rappeler par circulaire aux juridictions la portée de l'article 417 du code de procédure pénale, tel qu'interprété par la Cour de cassation.

#### ***Modification de l'article 528 du code de procédure pénale***

L'article 528 du code de procédure pénale prévoit que le jugement rendu par défaut par le tribunal de police saisi d'un recours par le ministère public ou le prévenu contre une ordonnance pénale n'est pas susceptible d'opposition. Une telle impossibilité n'est pas justifiable au regard du droit pour toute personne à ce que sa cause soit entendue équitablement. La seule voie qui est ouverte actuellement est celle du pourvoi en cassation (cf. Crim., 5 janvier 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 1, pourvoi n° 09-85.531), lequel ne peut toutefois se substituer à un examen au fond de la procédure.

La directrice des affaires criminelles et des grâces a indiqué que cette proposition, à laquelle elle se montre favorable, pourrait trouver sa place dans le futur projet de loi sur la répartition des contentieux, dont l'inscription à l'ordre du jour du Parlement n'est cependant pas actuellement prévue.

#### ***Modification de l'article 663 du code de procédure pénale***

L'article 663 du code de procédure pénale réserve au ministère public l'initiative de la mise en œuvre de la procédure de dessaisissement entre juges d'instruction.

C'est ainsi que la chambre criminelle a jugé, par arrêt du 31 mars 2009 (*Bull. crim.* 2009 n° 63, pourvoi n° 08-88.226) qu'encourt, dès lors, la cassation, l'arrêt de la chambre de l'instruction qui énonce notamment que, si l'article 663 du code susvisé a pour objet d'autoriser, de manière exceptionnelle, le ministère public à requérir le dessaisissement d'un juge d'instruction, cette disposition n'exclut pas que le juge d'instruction puisse prendre l'initiative de ce dessaisissement ou y procède malgré des réquisitions contraires.

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, l'initiative d'une telle procédure de dessaisissement devrait pouvoir être prise par le juge d'instruction.

La directrice des affaires criminelles et des grâces estime inopportun de procéder à la modification envisagée, compte tenu de la réflexion en cours sur la suppression du juge d'instruction.

#### ***Modification de l'article 665 du code de procédure pénale***

Par arrêt du 2 septembre 2010 (*Bull. crim.* 2010, n° 130, pourvoi n° 10-86.257 ; cf. p. 434), la chambre criminelle a jugé, à la suite de la décision en date du 8 juillet 2010 (Cass., QPC, n° 12144, pourvoi n° 10-90.048) de la formation de constitutionnalité de la Cour de cassation, qu'il y avait lieu de soumettre la requête en renvoi d'une affaire dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, présentée en application de l'article 665, alinéa 2, du code de procédure pénale, à la contradiction. Il serait utile que cette jurisprudence soit désormais suivie d'une adaptation du texte.

La directrice des affaires criminelles et des grâces fait savoir que cette proposition, à laquelle elle est favorable, ne pourra pas être suivie d'effet pour le moment, faute de vecteur législatif.

#### ***Modification du code de procédure pénale pour permettre le transfert d'un dossier d'un procureur à un autre***

L'article 665, alinéa 2, du code de procédure pénale, susvisé, prévoit qu'une affaire peut être renvoyée dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, soit sur requête du procureur général près la Cour de cassation, soit sur requête du procureur général près la cour d'appel dans le ressort de laquelle la juridiction saisie a son siège, agissant d'initiative ou sur demande des parties.

L'exercice des prérogatives judiciaires importantes exercées par le ministère public en matière d'enquêtes préliminaires et d'enquêtes de flagrant délit peut se heurter à des difficultés qui sont également de nature à porter atteinte à la bonne administration de la justice. Il serait, dans ces conditions, utile qu'une procédure ayant le même effet soit envisagée.

La directrice des affaires criminelles et des grâces a indiqué que cette proposition, à laquelle elle se montre favorable, devrait trouver sa place dans l'avant-projet de réforme du code de procédure pénale.

#### ***Modification de l'article 706-14 du code de procédure pénale***

Il résulte de l'application combinée des articles 706-3 et 706-14 du code de procédure pénale que les victimes d'une atteinte légère à la personne ne peuvent bénéficier d'une indemnisation qu'à condition de justifier de l'existence d'une incapacité totale de travail médicalement constatée.

Par un arrêt du 9 décembre 2010 (pourvoi n° 09-71.202, en cours de publication), la deuxième chambre civile a ainsi été amenée à rendre un arrêt rejetant l'indemnisation d'une

PREMIÈRE PARTIE : SUGGESTIONS DE MODIFICATIONS  
LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES

mineure, enfant de 7 ans, victime de violences de la part de son père, par application de l'article 706-14, dernier alinéa.

Cette solution apparaît difficilement acceptable lorsque est constatée, notamment chez un mineur, la réalité de traumatismes ou de conséquences d'ordre psychologique imputables aux violences subies.

Il est donc proposé une modification du dernier alinéa de l'article 706-14 permettant d'indemniser le préjudice subi en prenant en compte la seule constatation d'un retentissement psychologique important ou d'un traumatisme psychologique grave en relation avec l'infraction.

La directrice des affaires criminelles et des grâces est favorable à cette proposition pour laquelle elle indique toutefois qu'il n'existe pas actuellement de vecteur législatif.

***Modification de l'article 706-103 du code de procédure pénale***

Par arrêt du 26 mai 2010 (*Bull. crim.* 2010, n° 94, pourvoi n° 10-81.163), la chambre criminelle a jugé que les mesures conservatoires prévues par l'article 706-103 du code de procédure pénale ne peuvent être prises que sur un bien dont le mis en examen est propriétaire.

En effet, selon l'article 706-103 du code de procédure pénale, modifié en dernier lieu par la loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010, « en cas d'information ouverte pour l'une des infractions entrant dans le champ d'application des articles 706-73 et 706-74 et afin de garantir le paiement des amendes encourues ainsi que, le cas échéant, l'indemnisation des victimes, le juge des libertés et de la détention, sur requête du procureur de la République, peut ordonner, aux frais avancés du Trésor et selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution, des mesures conservatoires sur les biens, meubles ou immeubles, divis ou indivis, de la personne mise en examen ».

Or, les auteurs des infractions en matière de criminalité et de délinquance organisées peuvent ne pas apparaître comme les propriétaires des biens provenant de ces infractions et procéder de différentes manières à leur dissimulation.

Dans ces conditions, il est proposé de compléter l'article 706-103, alinéa premier, du code de procédure pénale en y incluant la possibilité de mesures conservatoires sur les biens, meubles ou immeubles, divis ou indivis, dont la personne mise en examen est ayant droit économique.

La directrice des affaires criminelles et des grâces estime qu'il serait possible d'aboutir à l'objectif recherché en s'inspirant de l'article 131-21 du code pénal et en faisant référence aux biens qui sont « le produit direct ou indirect de l'infraction », dont la saisie pourrait être permise sous réserve des tiers de bonne foi.

## Propositions de réforme du droit pénal

### ***Compétence de la loi française pour des menaces émises depuis l'étranger***

Une affaire récente (Crim., 8 décembre 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 206, pourvois n° 09-82.135 et n° 09-82.120) a montré que la loi française avait des limites d'application territoriale trop importantes à une époque où des actes malveillants peuvent être accomplis par la voie de moyens modernes de communication. C'est ainsi que des menaces de mort proférées à partir de l'étranger à l'intention de personnes se trouvant en France ont été jugées comme ne pouvant être réputées y être commises. La loi pourrait prévoir que toute menace visant une personne établie en France est réputée y être commise dès lors qu'elle y est diffusée par voie de communication électronique ou de communication audiovisuelle.

La directrice des affaires criminelles et des grâces se montre réservée sur cette proposition en faisant valoir qu'une règle particulière de compétence pour une infraction commise à l'étranger compliquerait le droit actuel et pourrait être étendue à d'autres infractions. Elle estime que la compétence des juridictions françaises pourrait résulter de l'interprétation des textes actuels, et notamment de l'article 113-2 du code pénal aux termes duquel une infraction est réputée avoir été commise sur le territoire dès lors qu'un fait constitutif a eu lieu sur le territoire, et, qu'en tout état de cause, il y a lieu de mener une réflexion d'ensemble sur les infractions commises en utilisant les nouveaux moyens de diffusion.

### ***Modification de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés***

La loi n° 2005-158 du 23 février 2005 prévoit, en son article 5, que sont interdites toute injure ou diffamation commise envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur qualité vraie ou supposée de harki, d'ancien membre des formations supplétives ou assimilés. Par décision du 31 mars 2009 (*Bull. crim.* 2009, n° 62, pourvoi n° 07-88.021), la chambre criminelle, faisant une application stricte de la loi, a jugé que les harkis ne constituaient pas un groupe de personnes entrant dans l'une des catégories limitativement énumérées par l'article 33, alinéa 3, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Il conviendrait donc que l'article 5 de la loi du 23 février 2005 soit modifié pour qu'il lui soit donné une portée réellement protectrice des personnes ou groupes de personnes qu'il vise.

La directrice des affaires criminelles et des grâces fait part de ses réserves sur cette proposition qui aboutirait à protéger des personnes en raison de leur choix politique et qui pourrait être considérée comme créant une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression.





**DEUXIÈME PARTIE**

**DISCOURS**





DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle  
de début d'année judiciaire, le vendredi 7 janvier 2011, par :

Monsieur Vincent Lamanda,  
premier président de la Cour de cassation

Monsieur le garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés,

Vous nous faites le grand honneur d'assister à cette audience solennelle qui marque le début de l'année judiciaire. Nous y sommes particulièrement sensibles.

Enseignant en droit, vous portiez déjà attention au monde des cours et tribunaux.

En tant qu'élu, maire et législateur, vous avez gagné, aux sources où son expression est la plus vivante, une fine connaissance de nos institutions et manifesté le souci de défendre les valeurs qui fondent notre action.

Dès votre entrée en fonction à la chancellerie, vous avez donné à notre Cour des témoignages concrets d'estime. Ils nous ont d'autant plus touchés qu'ils étaient l'expression tangible de votre considération pour ceux qui servent la justice. Nous vous en savons gré.

En cette période propice, nous vous présentons des vœux sincères de plein succès dans votre haute et délicate mission.

Nous adressons aussi nos meilleurs souhaits à toutes les personnalités qui nous font l'hommage de leur présence à cette cérémonie. L'intérêt constant qu'elles portent à notre Cour est une belle marque d'amitié. Qu'elles trouvent ici l'expression de notre gratitude.

Excellences, Mesdames, Messieurs,

L'homme escompte toujours une amélioration de son sort. En dépit des malheurs qui le frappent, il s'efforce, en général, de poursuivre un but heureux. Sa croyance en l'avenir le soutient dans la vie.

À chaque nouvelle année, il attend un miracle du calendrier : que notre monde vieilli et malade se régénère, renaissant au bien, à la félicité. Car notre cœur nous dit que nous sommes destinés à un état meilleur.

La promesse que nous fait cette voix intérieure, si partagée collectivement, ne peut être une universelle illusion. Laissons-nous donc guider par l'étoile de l'espérance qui brille en ces premiers jours de l'an. Par nos vœux, sincèrement échangés, tentons, une fois encore, d'importuner le destin.

Mais si ce mieux, que nous recherchons avec tant d'obstination, n'était pas dans les choses du dehors, ne se cacherait-il pas en nous où nous le porterions à jamais sans le savoir ?

La Cour forme à l'intention de chacun d'entre vous le souhait supplémentaire de trouver les voies secrètes de ce bonheur intime.

Pour notre justice, formulons un espoir : que se développe, en 2011, à son endroit, la grâce de l'intelligence qui ne conduit pas à la complaisance vis-à-vis des personnes, mais à la compréhension des fonctions qu'elles incarnent.

Le bilan d'activité de l'année judiciaire venant de s'achever devrait y contribuer.

La Cour de cassation a continué de juger les pourvois avec célérité : en à peine plus d'un an dans le domaine civil et de quatre mois en matière pénale, compte non tenu des désistements et des déchéances qui diminueraient davantage ces durées. Celles-ci sont très brèves, puisqu'elles incluent le délai accordé aux parties pour déposer leurs mémoires en demande et en défense. Dans le jugement d'un pourvoi civil, la part du travail revenant au rapporteur, au président, au doyen et aux conseillers ainsi qu'à l'avocat général de la chambre concernée, s'effectue, en moyenne, en un semestre.

À partir du 1<sup>er</sup> mars 2010, se sont ajoutées les premières questions prioritaires de constitutionnalité qui doivent être instruites et examinées sous trois mois. Au 31 décembre dernier, on en comptait 537, soit plus d'une cinquantaine par mois.

Ces excellents résultats sont le fruit des efforts des magistrats et des fonctionnaires du greffe, dont je salue la sereine sagesse et la scrupuleuse conscience.

« Heureux le magistrat, [...] qui connaît sa faiblesse, et se défie de lui-même ! », écrivait le chancelier d'Aguesseau.

La justice doit recevoir de la société autant qu'elle lui apporte. Ce qu'il lui faut obtenir et ce qu'il lui appartient de donner, c'est de la confiance. L'indépendance et la déontologie des magistrats en sont les ressorts majeurs.

Ce mois-ci, entre en vigueur la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, complétée par la loi organique du 22 juillet 2010, qui renouvelle le Conseil supérieur de la magistrature, en plaçant précisément en pleine lumière indépendance et déontologie.

Le principal changement consiste en l'effacement du Président de la République et du garde des sceaux de cette instance dont ils donnaient – fût-ce sans motif – l'impression de limiter l'indépendance.

Désormais, le premier président de la Cour de cassation préside non seulement la formation disciplinaire, mais aussi celle en charge des nominations des magistrats du siège, à l'exception, que d'aucuns ont qualifié d'insolite, de ceux de la Cour de cassation.

Le procureur général près cette Cour préside la formation chargée des magistrats du parquet. Toutes les nominations des membres du ministère public, y compris les procureurs généraux, font dorénavant l'objet d'un avis du Conseil supérieur.

Toutefois, à ces mesures propres à renforcer l'indépendance de la magistrature, répond une nouvelle composition du Conseil. Contrairement à ce qui est de règle ailleurs, notamment en Europe, chez nous, les magistrats deviennent minoritaires au sein de l'instance qui se prononce sur le déroulement de leur carrière.

Seconde innovation essentielle : la possibilité, pour un justiciable, de saisir directement le Conseil supérieur de la magistrature de tout manquement imputable à un magistrat

et pouvant recevoir une qualification disciplinaire. En l'instituant, la réforme souligne l'importance attachée à la déontologie des juges et des procureurs.

La légitimité du magistrat ne se fonde pas seulement sur la qualité de sa formation ou sur son mode de nomination ; elle repose aussi sur un comportement déontologique irréprochable.

Jusqu'à présent, en l'absence d'organe unique, clairement identifié, les griefs formulés à l'encontre des magistrats étaient adressés au président de la République, au garde des sceaux ou aux élus, plutôt qu'aux chefs de cour ou de juridiction, pourtant mieux à même de les traiter. C'était paradoxal au pays de Montesquieu.

La saisine directe du Conseil supérieur devrait permettre d'apporter une réponse plus homogène et plus lisible aux plaintes qui connaissent, jusque-là, un traitement éclaté peu transparent. Certes, le plus souvent injustes ou infondées, celles-ci traduisent généralement une incompréhension des mécanismes procéduraux ou une exacerbation d'attentes déçues. Pour autant, elles ne sont pas à négliger, étant parfois révélatrices d'un fonctionnement défectueux du service de la justice, échappé à la vigilance des responsables.

Néanmoins, à l'instar de ce qui existe dans certains pays, pour éviter que cette faculté offerte aux justiciables ne devienne un instrument de pression pesant sur la décision du magistrat, l'instauration d'un dispositif d'examen du caractère sérieux de la dénonciation est apparue indispensable.

Au Royaume-Uni, la révision constitutionnelle de 2005 et ses textes d'application ont mis en place un bureau des plaintes chargé d'assister le Lord Chancellor et le Lord Chief Justice dans l'examen des réclamations.

Au Canada, le Conseil supérieur de la magistrature procède à une enquête sur le bien-fondé de la plainte avant de la transmettre, le cas échéant, au ministre fédéral de la justice, seul compétent pour engager une poursuite.

En Italie, le Conseil supérieur reçoit directement les plaintes et adresse celles qui paraissent mériter une suite au ministre de la justice ou au procureur général près la Cour de cassation à qui appartient le pouvoir d'introduire l'action disciplinaire.

Le dispositif français est proche. Une commission d'admission est mise en place pour filtrer les plaintes manifestement infondées ou irrecevables. Cette instance est composée de quatre membres du Conseil supérieur de la magistrature, deux personnalités qualifiées et deux magistrats, désignés, chaque année, par le président du Conseil.

Dès lors que la commission d'admission aura décidé de saisir la formation disciplinaire, ses membres ne pourront y siéger, afin de garantir l'impartialité de la composition.

Le législateur a, en outre, prévu, comme je l'avais suggéré lors de la préparation du texte, que la plainte ne puisse être dirigée contre un juge toujours saisi de la procédure.

De plus, elle ne sera plus valablement présentée après l'expiration d'un délai d'un an suivant une décision irrévocable mettant fin à l'instance.

Il importait, en effet, d'éviter que la réclamation du justiciable n'aboutisse à la remise en cause de la décision rendue par le juge critiqué. Il est impérieux de rappeler que l'acte

juridictionnel, qui ne peut être contesté que par l'exercice des voies de recours prévues par la loi en faveur des parties au litige, n'entre pas dans le champ disciplinaire.

S'il en était autrement, le risque serait grand que soit offerte aux plaideurs de mauvaise foi la faculté de retarder l'issue du procès, de déstabiliser le juge et de porter atteinte aux principes de l'autorité de la chose jugée et du secret des délibérations en cas de collégialité. Au demeurant, il serait difficilement concevable de faire coexister deux régimes différents suivant que le juge statue seul ou avec plusieurs collègues au sein d'une formation de jugement.

L'indépendance du juge doit être protégée avec vigilance. Elle n'est pas, pour lui, privilège, mais devoir envers lui-même comme envers les autres.

Pour mener à bien cette nouvelle mission, le Conseil supérieur doit disposer de moyens appropriés.

Un mécanisme de délégation d'investigations a été prévu. La commission d'admission des requêtes sollicite du chef de cour ou de juridiction dont dépend le magistrat mis en cause, ses observations et tous éléments d'information utiles. Elle peut toutefois entendre le magistrat ainsi que le justiciable.

Il serait souhaitable, comme je l'avais suggéré, que la commission d'admission puisse, dans certains cas, confier des vérifications à un ancien membre du Conseil, un conseiller à la Cour de cassation ou un magistrat d'un grade au moins égal à celui de l'intéressé.

La pratique se chargera sans doute de pourvoir, avec sagesse, aux besoins nés de la diversité des situations rencontrées.

En fournissant un indicateur complémentaire des difficultés d'organisation ou de gestion des ressources humaines pouvant exister au sein de certaines juridictions, la saisine directe par un justiciable offre au Conseil supérieur la possibilité de s'assurer de la bonne administration des cours et tribunaux, et de parfaire ainsi son information en vue des nominations qui lui incombent.

Mais il ne faudrait pas que l'examen des plaintes confère à cette nouvelle attribution du Conseil supérieur un caractère uniquement répressif. La prévention des situations pouvant dériver en conduites fautives mérite aussi son engagement. D'ailleurs, l'article 65 de la Constitution, issu de la réforme du 23 juillet 2008, prévoit que celui-ci se prononce sur les questions relatives à la déontologie des magistrats. Je proposerai donc aux membres de cette instance de confier à une commission indépendante, placée sous l'égide du Conseil, le soin, en préservant le caractère confidentiel des échanges, de répondre aux interrogations des magistrats et de leur apporter tout conseil ou soutien utile.

Au cœur de la réflexion sur la responsabilité des magistrats se situe la question de l'opportunité de l'élaboration de règles de bonne conduite.

L'objectif poursuivi est double : faire connaître au public les obligations déontologiques des magistrats et permettre à ceux-ci de disposer d'une vision d'ensemble des devoirs de leur état.

Cette démarche s'inscrit dans un vaste mouvement à l'échelon international, ainsi qu'en témoignent l'avis du Conseil consultatif des juges européens de novembre 2002 et la résolution des Nations unies de juillet 2006.

Elle vise à apporter une réponse appropriée à l'universel doute moral qui conduit l'homme, et, plus que tout autre, le magistrat, à s'interroger sur la valeur de ses actes.

La société confie au juge un périlleux pouvoir sur ses concitoyens, afin de rétablir, par ses décisions, l'harmonie rompue par la survenance de l'infraction ou l'irruption du litige.

Parce que la justice est au cœur du pacte social, le magistrat doit, en permanence, être animé par une conception exigeante de sa fonction. Dans ces conditions, sa décision devrait s'imposer à tous, en premier lieu aux auxiliaires de justice et aux forces de l'ordre.

L'exigence démocratique requiert l'éthique des magistrats, comme elle commande le respect des décisions juridictionnelles.

S'agissant de l'éthique de la magistrature, une première réponse a été apportée, en 2003, par le rapport de la Commission présidée par le premier avocat général Jean Cabannes. Celle-ci a proposé que les principes directeurs d'éthique fassent l'objet d'un code constamment tenu à jour.

Pour sa part, le Conseil supérieur a privilégié une présentation d'ensemble de la jurisprudence disciplinaire depuis 1958 dont se déduit le comportement du digne et loyal magistrat. Il a établi, avec le concours de notre juridiction, et diffusé, en mai 2006, un tel répertoire.

Moins d'un an plus tard, la loi organique du 5 mars 2007 a confié au Conseil supérieur de la magistrature le soin « d'élaborer et de rendre public un recueil des obligations déontologiques des magistrats ».

Le Conseil supérieur était conscient qu'il était doublement hasardeux de vouloir couvrir, dans ses moindres détails, l'attitude du magistrat au palais et à la ville. L'exhaustivité du recensement est en l'espèce illusoire. Toute énumération devient rapidement obsolète. Les lignes directrices qu'il a tracées, en juin 2010, s'articulent autour de six principes : l'indépendance, l'impartialité, l'intégrité, la légalité, l'attention à autrui, la discrétion et la réserve.

Que l'on ne s'y trompe pas : chaque fois qu'un seul magistrat faillit, c'est la justice entière qui est discréditée, c'est le recours à l'institution de résolution pacifique des conflits qui se trouve fragilisé.

Il revient au Conseil supérieur de la magistrature de veiller à la réunion des conditions d'une justice digne d'une démocratie moderne, dans laquelle des magistrats compétents, diligents et soucieux de leurs devoirs, travaillent dans la sérénité avec tous les acteurs du monde judiciaire.

Quant au respect des décisions juridictionnelles, il devrait, dès lors, s'imposer plus largement, même s'il est acquis qu'on ne peut faire reproche à quiconque de maudire son juge. L'observation par le magistrat de l'ensemble de ses obligations spécifiques garantit à chacun que sa cause sera entendue au cours d'un procès équitable. Jeter le discrédit sur une décision de justice, sans connaître l'ensemble des pièces du dossier, et en dehors de tout débat contradictoire, porte indirectement préjudice à ce droit. En visant le juge, on finit par atteindre le citoyen. Que ceux qui croient pouvoir vilipender les jugements soient conscients qu'en le faisant, ils contribuent à saper l'un des piliers de notre démocratie.

## DEUXIÈME PARTIE : DISCOURS

Régler humainement des affaires humaines, c'est le miracle que le magistrat doit renouveler tous les jours.

La justice équilibre constamment des intérêts contraires. Elle n'ignore pas qu'elle n'est qu'une approximation permanente. Il advient qu'elle fâche, mais elle n'est pas faite pour plaire. Elle vit avec l'erreur, mais elle ne s'en accommode pas. Elle peut se tromper, mais elle ne trompe pas. N'arrive-t-il pas aussi à la critique de se méprendre ?

Toute décision judiciaire se doit d'allier l'absolu et le relatif. L'absolu de l'exigence de vérité et le relatif des faits, certains ou incertains, présumés ou établis ; le relatif des lois, claires ou obscures, multiples ou contradictoires ; le relatif des hommes, en fonction de leurs rôles, de leurs positions, voire de leurs stratégies ; le relatif du temps : la procédure implique étymologiquement une évolution, un progrès. Chaque étape et chaque intervenant contribuent à la solution du litige.

Parce qu'elle est rendue par des hommes, la justice est par essence perfectible. Elle ne se préoccupe pas seulement d'amender les autres. Elle s'efforce de s'amender elle-même. Les procédures d'appel et de cassation sont notamment là pour rappeler que les juges ne sont pas infallibles. On ne conçoit pas de bonne justice sans voie de recours.

En dépit de l'image caricaturale que l'on en donne encore trop souvent, les magistrats sont en prise directe avec notre société. Ils ont su s'adapter aux grands changements de notre temps : les nouvelles formes de criminalité, les nouveaux modes de vie familiaux, les nouvelles technologies, la construction européenne, la mondialisation...

La justice est plus proche des Français qu'on ne le dit. Elle a évolué. En se réformant et en se modernisant, elle a gagné en efficacité et en qualité. Les juridictions, plus ouvertes dans leur composition et dans leur fonctionnement, agissent pour une meilleure connaissance par les citoyens de leurs droits et une conscience plus aiguë de leurs devoirs.

Soyez persuadés que seront poursuivis les efforts d'amélioration pour renforcer la sérénité nécessaire à l'accomplissement de l'œuvre de justice, en n'oubliant jamais que la conscience des juges est garante du Droit.

DISCOURS PRONONCÉ lors de l'audience solennelle  
de début d'année judiciaire, le vendredi 7 janvier 2011, par :

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

Monsieur le garde des sceaux, vous avez bien voulu honorer cette cérémonie de votre présence, nous sommes très sensibles à cette marque d'attention et vous souhaitons la bienvenue dans cette maison qui est aussi la vôtre.

Mesdames et Messieurs les hautes personnalités, je m'associe aux propos de monsieur le premier président, et, comme lui, vous remercie très chaleureusement pour cette fidélité par laquelle vous avez bien voulu cette année encore, répondre à notre invitation.

\* \* \*

Mesdames, Messieurs, au cérémonial de notre rentrée solennelle, vient parfois s'ajouter une circonstance qui, sans changer la nature de ce rite par lequel se singularise l'institution judiciaire, en détourne peu ou prou le cours. C'est le cas lorsque cette cérémonie se conjugue avec l'installation du premier président ou du procureur général. Il est alors question de programme plus que de bilan. Mais c'est aussi le cas lorsqu'un chef de cour prend la parole pour la dernière fois à l'occasion de ce rendez-vous annuel, ainsi que je vais le faire. Ici, la fin n'est pas seulement celle des exigeantes fonctions exercées à la tête de ce parquet général depuis maintenant plus de six années. Elle met aussi un terme à une carrière commencée voici quarante-quatre ans, au service d'un seul engagement, la justice. Pour autant, je me garderai bien de vous imposer l'exhibition impudique de mes sentiments.

Je crois plus important d'exposer ce que m'inspire aujourd'hui l'évolution de notre justice. Mais avant de vous livrer sur ce point le fond de ma pensée, je me dois de proclamer ma fierté d'avoir œuvré en cette Cour à vos côtés, Monsieur le premier président, et c'est avec émotion que je vous exprime toute ma reconnaissance pour tout ce que nous avons bâti ensemble, grâce à votre engagement sans faille au service de la justice, reconnaissance aussi pour le regard toujours amical que vous portez sur le parquet général de cette Cour, et pour la magnifique et parfaite entente que nous avons, ensemble, cultivée, tel un bien précieux.

Je ne saurais enfin quitter ces fonctions sans vanter l'exceptionnelle qualité des magistrats et fonctionnaires qui composent cette Cour. Je leur conserve ma profonde gratitude et leur souhaite la pleine réussite que justifient leurs mérites. Je remercie aussi les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation pour la qualité des relations qu'ils savent entretenir avec cette Cour. Qu'ils sachent bien ma conviction du caractère indispensable de leur office.

\* \* \*

Mon propos, je l'ai dit, ne sera pas introspectif. C'est d'un sujet autrement plus important que je tiens à vous entretenir. Quand je vois les évolutions que la justice a connues en

quatre décennies, je suis frappé de la coexistence de deux constantes. Elles sont loin d'être récentes, mais ce que recouvre l'une d'entre elles me paraît de plus en plus préoccupant. La première est que le recours de nos concitoyens à la justice ne faiblit pas : la judiciarisation par laquelle le juge devient un régulateur majeur de notre société va toujours croissante. Nous savons qu'il en est de même dans bien des pays et c'est sans doute un fait dont toute société avancée doit s'accommoder. Le second de ces éléments constitue, quant à lui, un véritable sujet d'alarme.

De tous temps la justice a été brocardée. Et aujourd'hui, à un magistrat qui ne supporterait pas la critique, je serais plutôt tenté de conseiller de changer de métier. Et s'il fallait encore se convaincre que le fait n'est pas nouveau, il conviendrait de se reporter au discours prononcé ici même en janvier 1979 par le regretté premier président Pierre Bellet qui s'exprimait en des termes encore aujourd'hui d'une cruelle actualité : « La justice est de plus en plus contestée, alors qu'on lui demande de plus en plus. Elle est discutée sur tous les points. Les récriminations portent essentiellement sur le coût de la justice et sa lenteur mais aussi sur sa raideur, son inefficacité, son manque de clarté, que sais-je encore ? Elle serait trop sévère et trop laxiste à la fois. »

Mais s'il n'est pas récent, le phénomène ne laisse pas d'inquiéter quand, à cette institution fondamentale de la République et de la démocratie, les coups sont portés par ceux qui sont précisément en charge de la faire respecter. À cela, je dis qu'il faut très sérieusement prendre garde.

Afficher pour la justice une forme de mépris, inspirer à l'opinion des sentiments bas en instillant, de manière en réalité extravagante, la confusion entre la responsabilité du criminel et celle du juge dont on dénigre la décision, inscrire au débit des cours et tribunaux l'altération du lien social compromis pour une multitude de raisons qui leur sont étrangères, tout cela avilit l'institution et, en définitive, blesse la République.

Le propre de la justice est de fixer les repères qui nous viennent de la loi, pour donner force et contenu au pacte social d'une société moderne et démocratique, c'est-à-dire d'un État de droit. La délinquance appelle la répression, c'est entendu et le mot ne doit pas faire peur, mais où sont les repères quand celui qui rappelle que l'accusé a des droits encourt le reproche d'avoir choisi le camp des assassins contre les victimes ? Où sont-ils ces repères quand est niée la présomption d'innocence, principe pourtant fondateur de tout dispositif pénal, au même titre que la légalité des délits et des peines ou la non-rétroactivité de la loi pénale ?

La police judiciaire est un élément majeur du dispositif assurant paix et sécurité à nos concitoyens. Ses membres, policiers et gendarmes, méritent respect et encouragements pour le travail qu'ils accomplissent dans des conditions très difficiles, trop souvent au risque de leur vie. Cette police, nous dit la loi républicaine, est dirigée par les magistrats. Mais au nom de quoi, par quelles dérives, certains de ses représentants se permettent-ils alors d'en appeler à l'opinion contre ces mêmes magistrats quand ils prennent une décision qui leur déplaît ? Et le scandale n'est-il pas encore plus grand quand ces protestations politico-corporatistes sont relayées au plus haut niveau, au mépris du fondamental principe de séparation des pouvoirs. Prenons garde, prenons garde à l'instrumentalisation de la justice !



Le respect, enfin, il faut bien le regretter encore une fois, n'était pas à l'ordre du jour lorsque, par un acte d'une grande violence, le Parlement a pris la grave décision d'intervenir directement et sans concertation dans le fonctionnement de la Cour de cassation pour, cinq mois après sa création, supprimer la formation chargée d'examiner les questions prioritaires de constitutionnalité, suppression qui s'analyse en un dessaisissement d'une formation de jugement alors que des affaires étaient en cours, au motif à peine dissimulé du désaveu d'une décision rendue par cette formation. Toutes les lois de dessaisissement intervenues au cours de notre histoire renvoient à des heures sombres. Sur le fond, celle-ci porte la marque de l'incompréhension mais aussi, sur la forme, d'un singulier mépris.

\* \* \*

Je veux, dans ce contexte très particulier, m'adresser à mes collègues, juges et procureurs mais aussi aux fonctionnaires qui œuvrent à l'action de la justice. Ils méritent les plus vifs encouragements. On ne dira jamais assez le dévouement des membres du corps judiciaire confrontés à d'innombrables difficultés, certaines matérielles, d'autres liées à la nature même de leurs fonctions. Pour quelques affaires qui donnent matière à un retentissant et injuste dénigrement aux motivations troubles, pour d'autres, car il en existe aussi, qui laissent prise à des critiques justifiées, combien de dossiers sont menés à bien au terme d'un lourd labeur, économe de publicité mais non de qualité, accompli par cette immense et discrète majorité qui est l'honneur de notre corps alors même que ne lui sont pas réservés les devants de la scène ?

C'est pourquoi tout ce qui passe pour un manque de professionnalisme nous cause un préjudice considérable. Quand l'un d'entre nous ne voit pas ce qui dans ses actes fait naître, même à tort, le terrible soupçon d'atteinte à l'impartialité, quand il oppose en guise de pauvre réponse qu'il est le seul juge de sa conscience, quand un autre s'estime en droit de se départir à l'audience de la dignité propre à sa fonction pour s'exprimer en des termes qu'il croit au diapason des faits examinés, quand il confond dans la rigueur de ses réquisitions le criminel et celui qui le défend, quand il use de termes qui témoignent surtout de son emportement, quand la recherche d'un résultat devient motif de s'affranchir de la stricte procédure, de l'éthique, de la déontologie, c'est tout le respect dû à la justice qui est compromis. C'est alors une bien lourde responsabilité qui pèse sur les auteurs de quelques errements.

Je regrette d'avoir à m'en féliciter mais il me semble que pour contenir ces dérives, rares mais aux effets dévastateurs, il ne pouvait y avoir de meilleure réponse que la possibilité maintenant offerte aux parties de saisir directement le Conseil supérieur de la magistrature et je salue la réforme accomplie en 2008, qui entrera en application dans les premiers jours de cette nouvelle année.

\* \* \*

C'est le moment de proclamer, une dernière fois du haut de ce siège, ce que je crois, selon la formule consacrée, convenable au bien de la justice, à la fois vertu et institution fondamentale de notre société. Je crois d'abord aux mérites du professionnalisme. Combien de fois ai-je dit à mes collègues et tout spécialement aux jeunes magistrats issus de l'École nationale de la magistrature, que « juger c'est un métier », métier auquel, comme toute autre activité

professionnelle, il est indispensable de se former. C'est pourquoi j'ai la conviction qu'à la base de toute activité juridictionnelle, doit impérativement se trouver une solide formation juridique et judiciaire, dispensée par l'université et l'École nationale de la magistrature.

J'ai ensuite, et ce sera l'essentiel de mon propos, une très vive inquiétude pour le ministère public. Fidèle à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, la chambre criminelle, a, le 15 décembre dernier, dénié au ministère public la qualité d'autorité judiciaire. Si cette décision devait trouver sa traduction en langage médical, il faudrait dire que le parquet est maintenant proche d'un état de coma dépassé.

Maintes fois, en ce lieu notamment, j'ai tenté d'expliquer que la survie du ministère public à la française, garant des libertés fondamentales, imposait une réforme profonde de son statut. Cette question a fait l'objet d'une conférence au Sénat en 2007. Elle a été portée au niveau européen, avec la création du réseau des procureurs généraux près les Cours suprêmes des États membres de l'Union européenne. Mes propos et mes initiatives ont sans doute été considérés comme une forme d'agitation de circonstance par des observateurs incrédules que la jurisprudence de Strasbourg est pourtant venue détromper, avant celle de la chambre criminelle de cette Cour.

Je le redis avec force, à titre en quelque sorte testamentaire : le statut du ministère public français doit être profondément revisité. Il ne s'agit pas d'encourager à la sécession en proclamant sa totale indépendance. Le parquet est une composante de l'État, c'est entendu, et je ne crois pas souhaitable qu'il se divise en autant de féodalités qu'il existe de ressorts, tandis que nul ne peut contester que la définition des politiques publiques, y compris en matière judiciaire, revient au gouvernement.

Mais le respect de ces principes fondamentaux ne doit pas empêcher d'extraire le venin de la suspicion. C'est pourquoi je préfère parler de plus grandes garanties de neutralité et d'un surcroît d'indépendance.

En faveur d'un statut apportant ces garanties, les tenants de la réforme observent qu'un procureur qui aurait, dans une affaire particulière, à prendre des décisions gênantes pour le pouvoir en place serait bien avisé de craindre, de la part de ce même pouvoir, une certaine réticence à lui offrir un espoir de progression professionnelle. Considéré objectivement, l'argument ne manque pas de poids. Mais les tenants du *statu quo* objectent qu'il est bien médiocre de réduire la conduite d'un procureur à quelque mesquine préoccupation de carrière, et je crois qu'ils ont également raison : pourquoi faire un procès d'intention à ces magistrats dévoués et courageux qui ont choisi d'exercer les difficiles fonctions du parquet ? Alors, comment concilier ces analyses radicalement contradictoires et pourtant également pertinentes et justifiées ?

C'est qu'en réalité, et avec toute la considération due aux éminentes personnalités qui ont soutenu l'un ou l'autre de ces points de vue, le problème est mal posé quand il est réduit à ces deux observations. En effet, il ne s'agit pas de savoir s'il existe des motifs de soupçonner un défaut d'impartialité à l'égard de tel ou tel procureur quand il décide par exemple de frapper d'appel une décision, ou de ne pas le faire, de saisir un juge d'instruction ou de ne pas le faire. Il s'agit plus simplement, et plus radicalement, de parvenir à un dispositif tel que la question, quelle que soit la réponse, ne se pose pas. C'est l'interrogation, je devrais

dire l'inquiétude, qui est ici pernicieuse, alors même que la réponse serait irréprochable, mais qui peut garantir qu'elle le sera toujours ?

Les exigences de l'apparence, que la Cour de Strasbourg nous interdit d'ignorer ainsi qu'elle le rappelle très régulièrement, sont impossibles à contourner et je ne doute pas que tôt ou tard ce qui paraît audacieux aujourd'hui sera regardé comme normal. Et pour qu'il en soit ainsi, la seule solution est de couper tout lien entre l'échelon politique et le parquet pour ce qui concerne les nominations.

Lors de mon audition par la commission présidée par l'ancien Premier ministre, M. Édouard Balladur, en septembre 2007, j'ai affirmé la nécessité de confier le pouvoir de nomination des magistrats du parquet au Conseil supérieur de la magistrature, comme c'est le cas aujourd'hui pour les magistrats du siège, chefs de cours et de juridictions et magistrats de la Cour de cassation.

La première des garanties passe en effet par un processus de nomination des magistrats prenant en compte la seule aptitude, les seules qualités professionnelles, indépendamment de toute appartenance réelle ou supposée à telle ou telle organisation professionnelle, à telle ou telle école de pensée. En confiant aux chefs de la Cour de cassation, la présidence des formations du siège et du parquet du Conseil supérieur de la magistrature, la réforme constitutionnelle est un premier pas dans cette direction. Il faut la saluer comme une avancée décisive qui marquera l'histoire juridictionnelle de notre pays. Mais, ma conviction reste qu'il faudra aller plus loin : le dispositif aura, à mes yeux, trouvé son plein aboutissement lorsque les nominations des juges et procureurs reviendront en totalité au Conseil supérieur.

J'ai, dans cette attente, le ferme espoir que le nouveau format issu de la réforme constitutionnelle de 2008, même s'il ne marque qu'une étape, mettra un terme au soupçon de corporatisme, voire de politisation, et j'aurais été heureux de pouvoir affirmer qu'il s'agissait là d'une précaution inutile. J'aurai en tout cas à cœur de motiver les décisions, que j'espère rares, par lesquelles le Conseil sera conduit à ne pas approuver les candidatures soumises à son examen. Et s'il ne s'agit que de simples avis pour les magistrats du parquet, du moins nous reviendra-t-il d'émettre des avis véritables, au sens constitutionnel du terme, sous peine de recevoir de la part du Conseil d'État, comme ce fut le cas le 30 décembre dernier, un salutaire et cinglant rappel à l'ordre déontologique autant que juridique.

Je ne peux en outre m'empêcher de regretter que le Conseil n'ait pas su trouver les ressources qui lui auraient permis de remettre en cause certaines nominations que j'ai déjà qualifiées, ici même de variables d'ajustement de la haute magistrature et qu'il ait ainsi manqué l'occasion de faire évoluer la nature de son contrôle, tenant non seulement à la qualité des personnes, mais aussi aux besoins des juridictions. Je ne peux à cet égard que dire mon incompréhension quand j'ai vu surgir, sur des critères dont j'ignore la nature, des nominations qui posent question quant à l'adéquation du profil et de la fonction.

Et, si je m'arrête, vous le comprenez, au dossier de mon parquet général, je devrais me réjouir d'avoir vu mes effectifs doubler en six ans. Mais j'ai surtout à m'étonner de n'avoir pas été plus consulté sur ces renforts que je n'avais pas demandés et qui sont loin d'être intervenus en fonction des besoins des chambres de cette Cour, au prix d'une véritable dénaturation de la réforme que j'ai initiée de ce parquet général, bien mal en point le jour de mon arrivée, c'est le moins que je puisse dire. J'évoquais le mépris au début de mes propos.

Je crois donc venu le temps, je le répète, d'un pouvoir exécutif se maintenant en dehors des nominations des magistrats du parquet, s'effaçant comme il a sagement commencé à le faire devant le Conseil supérieur de la magistrature, dont la réforme constitue un premier pas dans la bonne direction.

En terminant sur ce sujet, j'oserai transmettre à mon successeur – qui peut-être est assis dans cette salle – une importante recommandation. Je veux lui dire qu'il aura la lourde charge de prolonger le combat pour le ministère public. L'enjeu n'est rien de moins que le maintien de l'unité du corps judiciaire. Lorsque j'ai embrassé la carrière du parquet, cette unité ne se discutait pas. Or, sur ce point, le ministère public se trouve véritablement à la croisée des chemins. Soit, autant par la conception que ses membres ont de leur mission que par les moyens juridiques et matériels qui leurs sont donnés, il reste le gardien de la liberté individuelle tel que le conçoit l'article 66 de la Constitution, soit il ne parvient pas à s'imposer dans ce rôle pour devenir, selon la formule anglo-saxonne, une sorte d'avocat, non plus de l'ordre public mais des pouvoirs publics.

Je serai sinon le premier à dire, sans états d'âme, qu'il se justifierait alors que vole en éclat cette unité. C'est pourquoi la réforme de la procédure pénale devra, à mon sens, prendre en compte non seulement la question statutaire sur laquelle je ne reviens pas, mais aussi la nécessité de faire du parquet non pas une sorte d'enquêteur supérieur – ce serait un dévoisement –, mais un véritable garant de premier niveau de la régularité des enquêtes, sous le contrôle naturellement des magistrats du siège consacrés à cette mission. Prendre une autre direction, ne serait-ce pas, en définitive, rendre vie à l'ancien lieutenant de police qui siégeait non loin d'ici en son palais du Châtelet ? Ce serait une évolution, mais serait-ce un progrès ?

Nul doute, enfin, que les évolutions institutionnelles relatives à un ministère public européen, que le Traité de Lisbonne a maintenant rendu possibles même si elles sont encore lointaines, imposeront aussi une réflexion sur le ministère public français. Tous les participants à l'importante conférence organisée sur ce thème en février 2010 par la Cour de cassation, la Commission européenne et l'École nationale de la magistrature ont souligné que le futur parquet européen ne saurait se concevoir sans un nécessaire statut d'indépendance.

Cette question n'est certainement pas indifférente en ce qui concerne le ministère public français. Peut-être cette évolution imposera-t-elle aussi de reconsidérer la question du procureur général de la nation. Si, longtemps, j'ai été hésitant sur l'instauration d'une telle institution, l'impact des évolutions européennes m'amène à reconsidérer le problème.

Le procureur européen, s'il devait voir le jour, à l'évidence revêtu d'un statut d'indépendance, entraînerait nécessairement la création d'un organe équivalent au niveau national.

Au final, n'est-ce pas en réalité le moyen d'instaurer un véritable pouvoir judiciaire, avec ses deux composantes du siège et du parquet, reposant sur une organisation cohérente, du sommet à la base et déconnectée du pouvoir exécutif ? Cette évolution, vous le devinez, est celle qui a ma préférence.

\* \* \*

Formation, statut, neutralité du ministère public, voici les principales composantes d'une seule et unique exigence : l'impartialité sans laquelle la justice ne serait pas la justice. Et comment y accéder sans garantir l'indépendance de cette justice, une indépendance consubstantielle à l'état de magistrat ?

Mesdames et Messieurs,

Il est aussi d'autres formes moins visibles, mais sans doute plus pernicieuses, d'atteintes à l'indépendance de la justice sur lesquelles je ne vais pas aujourd'hui, longuement dissérer : c'est ici que le problème des moyens fait intrusion. En effet, je crois que se justifie, pour la garantie de cette indépendance, que la gestion budgétaire des juridictions et des ministères publics qui les composent soit autonome et distinct du budget du ministère de la justice.

Mesdames, Messieurs, il est temps de conclure.

Alors, soyons clairs : le seul regard sur l'avenir de notre justice qui forcerait respect dans notre démocratie, c'est de préparer l'avènement de ce fameux pouvoir judiciaire dont je viens de tracer, en réalité, les traits. C'est à ce prix que les mots mêmes des pères fondateurs de notre République retrouveraient sens. Michel Debré n'a-t-il pas écrit que « la valeur de la justice et le respect dont ses décisions sont entourées attestent du degré de civilisation qu'un peuple a atteint » ?

Oui à une réelle séparation des pouvoirs, oui à l'avènement d'un pouvoir judiciaire dont la contrepartie sera naturellement une responsabilité accrue des acteurs directement en charge de l'œuvre de justice dans tous ses aspects ainsi que le permet déjà la réforme constitutionnelle.

Car c'est bien sur ce socle d'un authentique pouvoir judiciaire que le bien le plus précieux de la justice dans la République, je veux dire l'indépendance, sera, selon l'expression de l'un de mes plus illustres prédécesseurs, André Dupin, « quelque chose de plus que la liberté », la « liberté perfectionnée ».

Car « être indépendant, c'est savoir défendre son opinion, sa croyance et ses actes contre les attaques du dehors, contre tous ceux qui, sans en avoir le droit, font effort sur notre volonté pour nous imposer la leur ; en un mot, c'est savoir être soi, dans la pureté de sa conscience et de sa conviction [...] ».





**TROISIÈME PARTIE**

**ÉTUDE**

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE  
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE

## LE DROIT DE SAVOIR

Sous la direction scientifique de Madame le professeur Agathe Lepage,  
ont contribué à l'étude :

Frédérique Agostini  
Nathalie Auroy  
Pierre Bailly  
Michel Blatman  
Yves Charpenel  
Claire Coutou  
Anne-Élisabeth Crédeville  
Emmanuelle Degorce  
Philippe Flores  
Pascale Fontaine  
Anne-Marie Grivel  
Isabelle Harel-Dutirou  
Laurent Jacques  
Pascale Labrousse  
Alain Lacabarats  
Régis Lafargue  
Laurence Lazergues  
Olivier Mansion  
Philippe Mollard  
Marie-Laure Morin  
Pierre Mucchielli  
Laurence Pécaut-Rivolier  
Bruno Petit  
Xavier Prétot  
Jean-Michel Sommer



## 0. AVANT-PROPOS

**Par Mme Agathe Lepage,**

agrégée des facultés de droit,  
professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II).

À la fin du mois de novembre 2010, la planète médiatique a été secouée par un séisme tenant à la diffusion, à l'instigation du site *WikiLeaks*, d'un nombre considérable de documents diplomatiques américains, en méconnaissance de leur caractère confidentiel. Toutes les vannes étaient ouvertes, la transparence semblait portée à son paroxysme. Les journalistes et les philosophes, les internautes et les hommes politiques ressassèrent ces questions qui empruntent autant au droit qu'à la morale : peut-on, faut-il tout savoir, a-t-on le droit de tout savoir ? Si besoin en était, cet épisode venait illustrer de façon saisissante l'importance cruciale aujourd'hui de la question du « droit de savoir », choisie par la Cour de cassation pour sujet de l'étude de son *Rapport* pour l'année 2010. Toutefois, les résonances très contemporaines d'une réflexion sur le droit de savoir ne sauraient faire oublier que c'est de façon intemporelle que *droit* et *savoir* ont tissé d'étroits liens entre eux.

Savoir est inhérent à l'humain, mieux, tout ce qui est humain touche au savoir : « on connaît comme on respire, et d'ailleurs, comme le disent un certain nombre de biologistes aujourd'hui, on connaît comme on vit [...]. Parmi les activités humaines, rares sont les conduites qui ne sont pas connaitssantes à leur façon. Rares sont les moments qui n'apportent rien à l'orientation d'un sujet dans son monde<sup>1</sup> ». Comment, dès lors, le savoir ne serait-il pas intimement lié au droit ? Certes, le droit lui-même est objet de savoir<sup>2</sup>, mais le savoir est également au cœur du droit. Encore faut-il déterminer, pour identifier la place qu'occupe dans le droit le savoir, ce que recouvre ce terme. D'emblée, il frappe par sa double nature, lui qui est à la fois substantif et verbe. Le savoir désigne un « ensemble de connaissances plus ou moins systématisées, acquises par une activité mentale suivie<sup>3</sup> » – et cette acception se décline dans le savoir-faire ou le savoir-vivre. Pour la philosophie, « le connaissable est le savoir en puissance ; le savoir est le connaissable effectivement intégré par un sujet connaissant<sup>4</sup> ». Le lien qu'établissent ces définitions entre le savoir et la connaissance se prolonge entre les verbes savoir et connaître. En toute rigueur, la linguistique invite à les distinguer l'un de l'autre<sup>5</sup>, mais le juriste, certes conscient de nuances entre eux<sup>6</sup>, sera toutefois autorisé à y voir des verbes assez proches pour être tenus par lui pour synonymes.

1. Judith Schlanger, « Le voile de l'inconnaissable », in *Diogène*, n° 169, janvier-mars 1995, p. 4.

2. Cf. *infra*, 0.2., sur la connaissance du droit.

3. *Petit Robert 1*, V° Savoir, 2.

4. Jacques Schlanger, *Une théorie du savoir*, Vrin, 1978, p. 115.

5. M. Rat, « Il n'y a pas de synonymes. Connaître et savoir », in *Vie et langage*, février 1996, n° 167, p. 103 et s. ; P. Lerat, « Le champ linguistique des verbes savoir et connaître », in *Cahiers de lexicologie*, 1972, n° 20, p. 53 et s.

6. En particulier, savoir a un sens plus technique que connaître.

Savoir, c'est « avoir présent à l'esprit (un objet de pensée qu'on identifie et qu'on tient pour réel); pouvoir affirmer l'existence de »; c'est également « avoir dans l'esprit (un ensemble d'idées et d'images constituant des connaissances sur tel ou tel objet de pensée)<sup>7</sup> ». Dans les deux cas, le dictionnaire renvoie au verbe connaître, lequel, en effet, est parfois défini en des termes proches de ceux utilisés pour définir le verbe savoir. Connaître, nous enseigne le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, c'est « avoir présent à l'esprit un certain objet de pensée vrai ou réel<sup>8</sup> ».

Ces définitions le montrent bien, le fait de savoir ou de connaître désigne une relation entre le sujet connaissant et l'objet de la connaissance. Savoir ou connaître, c'est pour le sujet se faire une *exacte représentation de la réalité*, au sens de ce qui est, ce qui existe. Le savoir, ou la connaissance, établit donc un *lien entre l'individu et la réalité* qu'il connaît. Les enjeux qui s'attachent à ces données psychologiques sont considérables. Le droit ne les a jamais négligés.

Il est classique, tout d'abord, de dire que savoir, c'est pouvoir. Cette affirmation frappée au coin du bon sens, qu'une observation trop hâtive risquerait de ramener à un lieu commun négligeable, mérite qu'on s'y attarde. La philosophie sait déceler sous l'apparente banalité de cette idée ce qu'elle a de fondamental, elle qui nous enseigne que « savoir signifie être apte à se situer dans le monde et par rapport à lui. En ce sens la situation cognitive est la plus fondamentale des situations vécues par l'homme, elle commande toute activité humaine, elle unit le sujet connaissant à ce qu'il est apte à connaître, elle le met en présence de son monde<sup>9</sup> ». Savoir, c'est donc pouvoir être, penser, décider, se comporter en considération et dans la limite de la réalité, de l'environnement connu. La connaissance est une condition de l'action tangible puisqu'elle permet à l'individu de se caler sur la réalité pour agir de façon rationnelle, pertinente. On perçoit bien dès lors tout ce qu'a d'utilitaire le fait de savoir, en ce qu'il permet de se livrer avec succès à une action, d'avoir un comportement efficace, de prendre une décision pertinente. Connaître la combinaison du coffre permet de l'ouvrir, savoir, en temps utile, qu'une bombe a été placée à un certain endroit permet de la désamorcer, connaître l'identité de son père, pour un enfant né d'un don de gamètes, le met en mesure de faire des recherches pour le rencontrer. Mais déjà, avec cet exemple, on atteint les limites des enjeux utilitaires du savoir, perçu comme la condition à une action ou une décision ayant une traduction tangible. C'est parfois en lui-même, pour lui-même, que le savoir revêt une valeur aux yeux de celui qui le détient ou y aspire, indépendamment de toute utilisation concrète. Connaître l'identité de leur géniteur représente pour certaines personnes en quête d'informations sur leurs origines le seul but de leurs recherches, indépendamment même de toute intention de s'en servir à des fins pratiques, par exemple pour rencontrer leur auteur<sup>10</sup>. De même, si savoir qu'autrui vous aime présente une utilité en vue de formuler ou d'accepter une demande en mariage, ce savoir a une valeur *per se*, par

7. *Petit Robert I*, V° Savoir, 1, I, 1° et 3°.

8. C'est précisément la connaissance qui est ainsi définie par A. Lalande, in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 1980, V° Connaissance, sens A, définition qui est transposable évidemment au verbe « connaître ».

9. Jacques Schlanger, *op. cit.*, p. 19.

10. Cf. *infra*, 0.1.

la satisfaction morale qu'il procure. C'est la distinction entre le savoir pratique et le savoir théorique qui est ainsi suggérée. Tandis que « le savoir pratique répond à des fins externes, techniques, quand il s'agit de l'action du sujet sur le monde des choses », le savoir théorique « est envisagé comme répondant à des fins internes, des fins de nature existentielle, esthétique, affective, qui sont exprimées en termes de satisfaction, de jouissance, de plaisir, de joie<sup>11</sup> ». Le savoir peut tout aussi bien être source de chagrin, de déplaisir, et le souci de s'en préserver en se soustrayant aux affres de l'existence nourrit la philosophie de ceux qui « préfèrent ne pas savoir ».

Qu'on s'arrête un instant à ce point de vue. Ne pas vouloir savoir, c'est refuser d'avoir à tenir compte de la réalité, c'est donc faire comme si elle était autre. Cela en dit long sur le lien – la relation cognitive<sup>12</sup> – que représente la connaissance, lien qui s'établit entre le sujet connaissant et l'objet connu. La connaissance est comme une fenêtre ouverte sur le monde, qui permet – ou impose – à l'individu d'agir ou de se positionner par rapport à celui-ci ; mais cette fenêtre ne révèle qu'une partie de la réalité. L'ignorance est à l'image du mur plein, qui fait écran entre l'individu et le monde. Ce qui n'apparaît pas à l'individu, ce qui lui reste inconnu est *comme* inexistant pour lui. C'est dire que la réalité se réduit, aux yeux d'un sujet donné, à la perception qu'il en a par le prisme de la connaissance, à telle enseigne qu'une forme de sagesse admet que « les choses que tout le monde ignore et qui ne laissent pas de traces n'existent pas<sup>13</sup> ». Le constat trouve un écho en histoire où « l'événement n'existe jamais que par le rapport qu'on en fait<sup>14</sup> ».

Une nuance dans cette équivalence entre l'inconnu et l'existant s'impose toutefois, qui prend acte d'une gradation dans l'ignorance. Quand elle est consciente, l'ignorance est encore une forme de savoir. Peut-être même est-elle l'expression la plus accomplie de la sagesse humaine. Je ne sais qu'une chose, disait Socrate, c'est que je ne sais rien. De façon pratique, savoir qu'on ne sait pas empêche sans doute d'agir, mais permet de suspendre son geste ou sa résolution. Savoir qu'on ne sait pas évite donc de se fourvoyer : nulle méprise sur la réalité ignorée. C'est ce qui distingue cette ignorance de celle qui n'est pas consciente – de même qu'il y a lieu de distinguer deux formes de croyance. Croire est une connaissance aux petits pieds quand celui qui croit a conscience de ne pas positivement savoir, de sorte que l'écran de sa conscience s'interpose entre la réalité, dont il n'est pas certain, et lui. Cette croyance ne donne pas l'assurance de la connaissance, mais la sagesse de celui qui a conscience de peut-être ignorer. En revanche la croyance est parfois mirage quand celui qui ne sait pas croit savoir. Cette ignorance qui n'est pas consciente donne naissance à la croyance erronée, par laquelle le sujet a l'impression de savoir, mais en fait ignore. Il se fie dès lors à une représentation erronée de la réalité qui ne peut que l'égarer. Cette ignorance non consciente, qui prive le sujet d'une partie de la réalité, doit encore être distinguée de l'ignorance feinte, par laquelle l'individu fait comme s'il ne savait pas. Ignorer, en effet, a deux acceptions, ne

11. Jacques Schlanger, *op. cit.*, p. 44 et s.

12. Cf. Jacques Schlanger, *op. cit.*, p. 11, qui affirme que « toute situation cognitive implique l'existence d'un sujet connaissant et d'un objet connu, uni par une relation cognitive qui s'exprime sous forme d'un savoir ».

13. I. Svevo, *La Conscience de Zéno*, Gallimard, « Folio », p. 190.

14. G. Duby, *L'histoire continue*, Odile Jacob, 1991, p. 154.

pas connaître et faire semblant de ne pas connaître<sup>15</sup>. Celui qui ignore dans le second sens fait comme si de rien n'était. Si, psychologiquement, la différence est fondamentale entre les deux états, il n'en demeure pas moins que l'ignorance au sens fort et l'ignorance au sens imagé ont pour point commun le fait que l'individu ne tient pas compte de la réalité, soit parce qu'il ne le peut pas, sous l'effet de l'erreur, soit parce qu'il ne le veut pas.

Tous ces éléments, dont chacun fait l'expérience à tout moment de sa vie, trouvent une traduction en droit. Qu'une personne sache ou ignore quelque chose est un fait dont le droit est classiquement amené à tirer diverses conséquences. Avec celui qui sait, le droit fait parfois montre de sévérité, dans la mesure où ce que l'on ne saurait reprocher à l'ignorant peut l'être à celui qui savait. Le droit pénal, par exemple, atteste de façon frappante l'étroitesse des liens entre la connaissance et l'intention. Cette dernière suppose « une connaissance doublée de volonté<sup>16</sup> », une connaissance du droit et une connaissance du fait. Dès lors, si l'erreur de droit n'a conquis, depuis la réforme du code pénal qui a légèrement atténué la rigueur de la présomption de connaissance du droit<sup>17</sup>, qu'une place très restreinte dans la responsabilité pénale, l'erreur de fait y a naturellement toute sa place.

À cette rigueur qui s'attache à la situation de celui qui sait, s'oppose, par un effet de symétrie, la bienveillance dont il peut être fait preuve à l'égard de la personne ignorante. Le sort de celui qui contracte sous l'empire de l'erreur ou d'un dol n'est évidemment pas indifférent au droit<sup>18</sup>, qui ne peut toutefois que lui offrir l'annulation du contrat ou des dommages-intérêts. Mais le droit est impuissant à faire apparaître la qualité défailante en l'existence de laquelle le contractant croyait à tort et qui lui a inspiré un consentement vicié : l'erreur découverte, le faux Picasso reste un faux Picasso. En revanche, la protection de l'ignorance est portée à un niveau plus substantiel lorsque l'erreur a porté sur la réalité juridique. Le défaut de connaissance peut alors devenir un correctif de l'application stricte de la règle de droit. Le droit a ce pouvoir que n'a pas la vie, de substituer parfois à la réalité, la réalité juridique, celle en laquelle une personne a cru par erreur. Telle est la faveur qui peut s'attacher à la bonne foi, entendue comme la psychologie du sujet de droit qui, dans l'ignorance d'un fait ou d'une règle de droit, a pu croire en la régularité d'un acte ou d'une situation juridique<sup>19</sup>. La bonne foi avec laquelle l'acquéreur *a non domino* a contracté le sauve des rigueurs du jeu normal de la règle de droit en le mettant en principe à l'abri d'une revendication du propriétaire<sup>20</sup>. La théorie de l'apparence forgée par la jurisprudence permet également de substituer à la réalité juridique celle en laquelle a faussement cru celui qui a contracté avec le propriétaire ou le mandataire apparent.

15. Le *Dictionnaire historique de la langue française* (sous la direction de A. Rey) situe en 1714 le moment où ignorer a voulu dire en français « faire semblant de ne pas connaître », et ce sous l'influence de la langue anglaise, dans laquelle des linguistes voient précisément celle d'un faux ami : *to ignore* signifie ne tenir aucun compte de, tandis qu'ignorer au sens fort est traduit par *not to know, to be ignorant of*. Cf. sur ce point C. Hagège, *Le Français et les siècles*, Odile Jacob, 1987, p. 57.

16. Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2010, p. 240.

17. Article 122-3 du code pénal.

18. Article 1109 du code civil.

19. Cf. R. Vouin, *La Bonne Foi – Notion et rôle actuels en droit privé français*, LGDJ, 1969, préf. J. Bonnecase, p. 34-35.

20. Article 2276 du code civil.

Compte tenu des liens intimes que la connaissance ou l'ignorance entretiennent avec ces notions fondamentales du droit que sont la volonté, l'intention, le consentement, la mauvaise ou la bonne foi, de la gradation dans l'appréciation morale des comportements qui s'attache à cette distinction et de l'aptitude, en quoi consiste la connaissance, à se représenter le monde, donc à y agir ou penser, il est parfaitement naturel que les liens entre droit et savoir aient été traditionnellement étroits. Dans cette configuration, le fait de savoir, la connaissance – tout comme l'ignorance – est perçu comme un état auquel le droit attache telle ou telle conséquence. Mais la connaissance ne peut être réduite à un instantané, elle désigne aussi un processus, une « situation [...] dynamique, en fluctuation permanente, en variance de tous les éléments qui la constituent. Tout change, le sujet connaissant qui ne connaît pas toujours, qui ne connaît pas encore, qui ne connaît plus ; l'objet connu, qui n'est pas toujours connu, qui ne l'est pas encore, qui ne l'est plus<sup>21</sup> ». Dans ce processus, le droit peut intervenir, qu'il s'agisse de restreindre ou d'empêcher le passage de l'ignorance au savoir – en particulier par l'obligation de respecter certains secrets –, ou bien, au contraire, de permettre la diffusion des informations, l'accès au savoir.

Que le droit préside à la diffusion d'informations, c'est un rôle qu'il a toujours plus ou moins joué. La vie en société contraint les individus à un minimum d'égards entre eux, de précautions prises dans leurs relations, à telle enseigne que le droit a naturellement imposé la diffusion d'informations juridiques, utiles pour huiler les rouages de la société. L'obligation de publier les bans, préalable au mariage, la publicité nécessaire à certaines opposabilités, attestent classiquement la nécessité d'encadrer par des règles de droit la diffusion d'informations utiles aux relations juridiques. Mais distillées auparavant au compte-gouttes, les informations sont aujourd'hui versées à flots dans une société où la transparence est portée au pinacle. Le phénomène ne se réduit pas à celui purement quantitatif d'un déversement massif et permanent d'informations. La transparence, censée incarner de nombreuses vertus – vérité, honnêteté, intégrité, loyauté, efficacité, etc. –, est prônée parfois comme un idéal et réclamée assez largement par le corps social. Le droit, de bon ou moins bon gré, accompagne ce mouvement. De fait, depuis quelques décennies, de profondes mutations dans les rapports sociaux ont été traduites juridiquement dans le sens d'une transparence accrue, de plus en plus exigeante. C'est ce phénomène qu'évoque le droit de savoir.

Évoquer, c'est « faire apparaître à l'esprit [de quelqu'un] par des images et des associations d'idées<sup>22</sup> ». Qu'évoque le droit de savoir, que lui associe-t-on, que recouvre-t-il au juste ? Aussi familière puisse sembler l'expression, elle n'est pas d'une occurrence fréquente dans la langue ou le contexte juridiques. Ci et là, le droit de savoir est ponctuellement évoqué, au sujet de la formation professionnelle<sup>23</sup> ou en lien avec le principe de précaution<sup>24</sup>. Que l'on songe aussi à l'existence d'une « Journée internationale du droit de savoir », fixée au

21. Jacques Schlanger, *op. cit.*, p. 113.

22. *Petit Robert* 1, V° Évoquer, 4°.

23. B. Seillier, *Formation professionnelle : le droit de savoir*, Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information Formation professionnelle, juillet 2007, sur le site du Sénat.

24. D. Moulis et M. Poyet, « Le principe de précaution et le droit de savoir : l'avenir du secteur médical dans la construction européenne », *in Rev. adm.* 2004, n° 341, p. 400.

28 septembre de chaque année<sup>25</sup>. À l'occasion de celle qui s'est déroulée le 28 septembre 2010, une communication de la Commission européenne a rapporté que le médiateur européen, P. Nikiforos Diamandouros, avait appelé l'administration de l'Union européenne à être aussi transparente et tournée vers les citoyens que possible. Le médiateur, s'exprimant au cours d'un événement intitulé « La transparence au niveau de l'Union européenne et dans les États membres », a déclaré : « ce n'est que si les citoyens européens perçoivent l'administration de l'UE comme étant transparente, accessible et responsable, qu'ils lui accorderont leur confiance et auront la volonté de participer activement à la vie démocratique de l'Union ». En outre, il a souligné que « le Traité de Lisbonne prévoit plus de transparence dans les activités de l'administration de l'UE. Il requiert que le Conseil se réunisse publiquement lorsqu'il délibère sur des projets de législation et inclut le droit d'accès des citoyens aux documents détenus par l'ensemble des institutions, organes et organismes, y compris, pour la première fois, le Conseil européen. Le Traité requiert aussi que l'administration de l'UE travaille aussi ouvertement que possible afin de promouvoir la bonne gouvernance et la participation de la société civile. Je suis déterminé à informer les citoyens au sujet de leur droit de savoir ce que fait l'administration de l'UE<sup>26</sup> ».

Si le droit d'accéder aux documents publics relève du droit de savoir, celui-ci ne se résume certes pas à celui-là. Le droit de savoir, loin d'être cantonné au droit public, aux relations entre les citoyens et les institutions publiques, ne cesse de trouver en droit privé de multiples occasions de s'épanouir, peu de domaines étant soustraits à ses conquêtes, sous l'influence croissante des exigences de la société de la transparence. Émanation de cette dernière (0.1.), le droit de savoir apparaît comme une transparence orchestrée par le droit (0.2.).

## 0.1. Le droit de savoir, une émanation de la société de la transparence

– **Des murs opaques à la transparence du verre** – La transparence désigne « la qualité d'un corps [...] qui laisse passer la lumière et paraître avec netteté les objets qui se trouvent derrière<sup>27</sup> ». Dans un registre plus littéraire, qui déjà fait le pont avec la morale, la transparence est la « qualité de ce qui laisse paraître la réalité tout entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer<sup>28</sup> ». Mais c'est sans doute aujourd'hui dans son sens le plus imagé que le terme de transparence est le plus employé, désignant l'aptitude d'une société à laisser passer l'information. L'emploi du terme « transparence » dans cette acception montre bien que, dans une société où règnent les images, voir et savoir sont souvent étroitement associés. Vidéosurveillance ou vidéoprotection, surveillance par satellite, droit de la personne sur son image, principe du respect de la dignité de la personne humaine s'opposant à la diffusion de certaines images, protection des mineurs à l'égard de certains contenus de

25. Cette Journée a vu le jour le 28 septembre 2002 à Sofia, en Bulgarie.

26. EO/10/19, Bruxelles, le 28 septembre 2010; Médiateur européen, « Médiateur : les citoyens sont en droit de savoir ce que fait l'administration de l'UE », communiqué de presse n° 18/2010, Bruxelles, 28 septembre 2010.

27. *Petit Robert 1*, V° Transparence, 1° et Transparent, I, 1°.

28. *Petit Robert 1*, V° Transparence, 4°.

l'internet, expositions au goût douteux et au caractère illicite<sup>29</sup>, beaucoup de thèmes, souvent sensibles, qui se greffent sur la transparence – ses mérites, ses limites – ont trait aux images, à ce sens qu'est la vue.

La société de transparence, où l'on aspire à tout voir, à tout savoir, devient maison de verre, transparence à tous les étages proclamée ou réclamée. L'expression n'est pas seulement à prendre dans son sens figuré. L'époque contemporaine fait grand cas de l'architecture en transparence<sup>30</sup>. Des habitations anciennes percées de peu d'ouvertures – il fallait se préserver du froid mais aussi de l'État qui percevait un impôt sur les ouvertures – aux grands panneaux de verre typiques des constructions contemporaines, l'histoire de l'habitat humain aura donc été celle, jusqu'à présent, d'une constante progression de la transparence, due aux évolutions de l'industrie du verre et à la maîtrise des périls extérieurs<sup>31</sup>. Par la transparence, la frontière entre l'intérieur et l'extérieur se dilue, les séparations tombent. La maison transparente se donne à voir, comme par un droit, concédé aux tiers, de voir, de savoir ce qui se cache ordinairement derrière des parois opaques. C'est à une curiosité teintée de considérations consuméristes que le procédé entend parfois répondre, comme dans certains restaurants où les cuisiniers s'activent derrière une paroi transparente sous les yeux des clients. La transparence engendre la confiance. Elle est mère, également, de surveillance. La vie des salariés dans les espaces ouverts des grands bureaux décloisonnés se déroule sous le regard des collègues, voire des supérieurs. Une fois tombé le mur protecteur fait de parois opaques, l'intimité ne peut plus guère que se réfugier dans un tiroir ou se retrancher derrière le tracé symbolique au sol d'une bande de peinture qui rappelle la distinction entre l'espace public et le bureau privé, entre la collectivité et l'individu.

– **Le mur de la vie privée** – Décidément l'image du mur, de la paroi, est récurrente. Et cela depuis longtemps puisque la paternité de la métaphore du mur de la vie privée est attribuée au député Royer-Collard pour des propos tenus lors de débats parlementaires en 1819. Ériger le mur de sa vie privée, c'est pouvoir écarter les tiers de cette sphère, ce que le législateur a consacré en 1970 en introduisant le droit au respect de la vie privée à l'article 9 du code civil<sup>32</sup>. Les tiers n'ont, pas, en principe, le droit de connaître la vie privée d'autrui. La possibilité reconnue à chaque personne de se retrancher derrière le mur de sa vie privée pour se soustraire à l'emprise de l'État, de ses voisins ou du public, est le propre des sociétés démocratiques. Le droit de savoir s'arrête à ce mur<sup>33</sup>. Libre à chacun, s'il le souhaite, d'y concéder quelques ouvertures ou d'en faire une paroi transparente.

29. Cf. l'affaire relative à l'exposition *Our Body* et l'arrêt rendu par la première chambre civile le 16 septembre 2010 (*Bull.* 2010, I, n° 174, pourvoi n° 09-67.456) qui considère, faisant application de l'article 16-1-I, alinéa 2, du code civil, que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît l'exigence de traiter les restes des personnes décédées avec respect, dignité et décence.

30. I. Lamunière et M. Steinmann, « Transparence (s) », in *Faces*, n° 45, hiver 1998-1999, p. 3 et 4.

31. Sur cette évolution de l'habitat, cf. B. Fontanel, *Nos maisons du Moyen Âge au XX<sup>e</sup> siècle*, Seuil, 2010, p. 115 et s. L'auteur rappelle que c'est à la production à Murano, à partir du XV<sup>e</sup> siècle, du « verre blanc » qu'est dû l'essor de l'utilisation du vitrage transparent – ou qui tendait à l'être – dans les maisons.

32. Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970.

33. Sous réserve des brèches qui s'imposeront ponctuellement en faveur d'un intérêt contraire légitime : cf. *infra*, 0.2.

– **La glasnost, transparence venue de l’Est** – Légitime dans une société démocratique lorsque, protégeant la vie privée, il permet de contenir le droit de savoir des tiers dans une mesure raisonnable, le mur a pu être, au contraire, le puissant symbole d’une négation des libertés individuelles et d’une entrave totalitaire à la circulation des informations. La montée en puissance des revendications démocratiques dans les pays du bloc de l’Est ne pouvait que finir par faire chuter le mur de Berlin. La *perestroïka* de Mikhaïl Gorbatchev, conçue pour moderniser l’URSS, était passée par là, avec elle la *glasnost*, c’est-à-dire la publicité des débats. Mais le terme est plus souvent traduit par « transparence ». Au nom de celle-ci furent reconnus la liberté d’expression et le droit d’accès à des informations jusque-là tenues secrètes dans les archives soviétiques, comme les crimes de Staline. À mesure que le droit de savoir s’est affermi, l’individualisme a crû et le contrôle des idées s’est desserré. Le droit de savoir a été le prélude à l’instauration de la démocratie.

– **La transparence, une morale contemporaine** – En France, comme dans les autres sociétés libérales, c’est depuis quelques décennies déjà que peut s’observer l’extension constante de la transparence. Le droit y contribue puissamment – c’est ce que montre le présent *Rapport de la Cour de cassation* –, mais ce phénomène trouve une amplification dans le rôle de morale contemporaine qu’endosse volontiers la transparence. Vertu exigeante, elle met parfois la barre plus haut que ne l’impose le droit en inspirant des comportements qui se veulent vertueux selon les canons contemporains. Le monde de la finance, par exemple, est gagné par le concept d’investissement socialement responsable. Ainsi l’UNEP/FI (la section finance du programme des Nations unies pour l’environnement) a lancé les principes pour l’investissement responsable (PRI, *principles for responsible investment*) qui ont connu un grand succès. Il est prévu que, dès 2011, les membres du PRI rendent publiques certaines de leurs actions entreprises pour développer l’investissement socialement responsable<sup>34</sup>. Dans cette logique, le manquement à une certaine forme de morale nourrie de transparence suscite des réprobations que ne relaient pas forcément les règles de droit. Profitant du fait que la législation française n’oblige pas à rendre publics les franchissements de seuils opérés avec les « *equity swaps* », des instruments financiers complexes, le groupe LVMH, en novembre 2010, est monté à 17,1 % dans le capital d’Hermès sans y être invité. Cette opération, perçue par les observateurs de la finance comme « un coup de poker menteur et un magnifique coup financier », a suscité des critiques relayées par la presse au motif qu’« à l’heure où toute l’économie mondiale tente de faire preuve d’un peu plus de transparence, avancer masqué n’est pas glorieux<sup>35</sup> ».

– **Les limites nécessaires de la transparence** – Qu’on prenne garde toutefois, tout en étant sensible aux charmes de la transparence, à ne pas se laisser hypnotiser et à faire d’elle une vertu tyrannique. Faut-il toujours, en effet, que le voile soit levé sur tout ? La transparence a vite fait d’évoquer un absolu quand le droit repose sur la mesure, la conciliation

34. Ces principes, a révélé *Le Monde*, ont été signés par 213 investisseurs institutionnels dans le monde, 461 sociétés de gestion et 168 firmes de services financiers, qui détiennent ou gèrent au total environ 25 000 milliards de dollars dans 45 pays : cf. l’article de A. de Tricornot, « De nombreuses initiatives visent à obtenir davantage de transparence », in *Le Monde Économie*, 23 novembre 2010, p. 4.

35. N. Vulser, « Le poker menteur dans le capital d’Hermès écorne l’image de LVMH », in *Le Monde*, 25 novembre 2010, p. 23.



des intérêts contraires, donc les demi-teintes. Les obligations d'information, qui pullulent aujourd'hui, manifestation flagrante du droit de savoir<sup>36</sup>, ne peuvent se multiplier sans limites : la transparence a un coût, en outre est-elle toujours vraiment pertinente ? En 2009, une proposition de loi<sup>37</sup> prévoyait d'insérer dans le code de la santé publique un article érigeant en délit puni d'une amende de 37 500 euros – à vrai dire, on aurait été surpris que le droit pénal ne fût pas sollicité – le fait de ne pas accompagner les photographies publicitaires de personnes dont l'apparence corporelle avait été modifiée par un logiciel de traitement d'image de la mention : « photographie retouchée afin de modifier l'apparence corporelle d'une personne » ; et ce pour la raison, précisée en ces termes dans l'exposé des motifs, que « ces images peuvent conduire des personnes à croire à des réalités qui, très souvent, n'existent pas » ! Cette proposition n'a pas prospéré. De fait, appartient-il vraiment au droit de rappeler par exemple qu'une actrice en âge d'être grand-mère ne peut avoir le physique de sa petite-fille que par la grâce de certains logiciels de retouche ? Dans la célèbre affaire de la valise qui servait de ballon à une partie de football entre bulldozers, la Cour de cassation avait considéré que n'était pas mensongère la « “publicité hyperbolique” qui se traduit par “la parodie” ou “l'emphase”, dès lors qu'il est établi, par référence à “l'optique du consommateur moyen” et en tenant compte “du degré de discernement et du sens critique de la moyenne des consommateurs”, que l'outrance ou l'exagération de l'image publicitaire “ne peut finalement tromper personne”<sup>38</sup> ». Plutôt que se tourner toujours vers le droit pour être éclairé, il serait judicieux de faire parfois appel à ses propres lumières, surtout lorsque celles-ci peuvent être dispensés par le bon sens. Il est vrai que, dans un autre registre, celui du crédit à la consommation, la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2010 impose désormais dans les publicités<sup>39</sup> une mention qui précise notamment : « un crédit vous engage et doit être remboursé<sup>40</sup> ».

limiter le nombre des obligations d'information n'est qu'une façon de contenir la transparence dans des mesures raisonnables. Après tout, si le droit n'oblige pas à révéler, il n'interdit pas non plus que cela soit dit spontanément. Il peut être fait échec de façon plus radicale à la transparence. Une part d'opacité ne messied pas toujours et le droit s'emploie parfois à la garantir. Empêcher l'accès à certaines informations en est une façon, qui se traduit par exemple, de façon très concrète, par l'impossibilité physique d'accéder à certains lieux. Ainsi la porte se referme sur le tiers à des délibérations, qui ne peut accéder à la salle où elles se déroulent<sup>41</sup>. Quant à celui qui aura réussi à s'immiscer, sans autorisation, dans des endroits soustraits par le droit à la curiosité des tiers, il pourra être sanctionné. Qu'on se rappelle, par exemple, que le fait de s'introduire sans autorisation dans des lieux intéressant la défense nationale, dans lesquels la circulation est interdite et qui sont délimités pour

36. Cf. *infra*, 0.2.

37. Proposition de loi relative aux photographies d'images corporelles retouchées, 15 sept. 2009.

38. Crim., 21 mai 1984, *Bull. crim.* 1984, n° 185, pourvoi n° 83-92.070 ; *D.* 1985, 105, note S. Marguery ; *RTD com.* 1983, p. 613, obs. P. Bouzat.

39. À l'exception des publicités radiodiffusées.

40. Loi n° 2010-737 du 1<sup>er</sup> juillet 2010, article 4, modifiant l'article L. 311-5 du code de la consommation : *JO*, 2 juillet 2010.

41. Par exemple, concernant les délibérations d'assises, seul le président de la cour peut autoriser l'accès à la salle dans laquelle se déroulent les délibérations.

assurer en particulier la protection des installations, du matériel ou du secret des recherches, constitue un délit, prévu et réprimé par l'article 413-7 du code pénal<sup>42</sup>.

Afin de garantir que les délibérations dans les tribunaux ou les affaires intéressant la défense nationale ne soient pas connues de tiers non autorisés, l'interdiction d'accéder aux lieux précités se prolonge par une interdiction de révélation faite à ceux qui sont dans la confiance<sup>43</sup>. De fait, et plus généralement, une puissante façon de circonscrire la transparence est de limiter la liberté d'expression. L'art de se taire, célébré en 1771 par l'abbé Dinouart<sup>44</sup>, peut être aussi, même à l'heure de la transparence, une règle qu'impose le droit. On entend souvent, aujourd'hui, des cris d'orfraie au rappel de cette évidence. Mais une société dans laquelle des limites à la liberté d'expression ne seraient pas posées sous l'égide du droit<sup>45</sup> serait une société complètement irresponsable et invivable. La transparence absolue est aussi nocive que l'opacité totale. Si le principe doit être, dans une société démocratique, celui de la liberté d'expression, il s'accommode de limites dans les conditions qu'énonce le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Par ailleurs, s'exprimer n'est pas nécessairement informer autrui, de sorte que toute limite à la liberté d'expression n'a pas pour corollaire la négation d'un droit de savoir. Les fortes restrictions apportées à la publicité pour les boissons alcoolisées<sup>46</sup> ou le tabac<sup>47</sup>, l'incrimination de l'injure<sup>48</sup> ou celle de diverses provocations<sup>49</sup> sont autant de limites à la liberté d'expression qui ne privent autrui d'aucun savoir particulier. Enfin, il faut bien admettre, dans certains cas, que la révélation d'informations puisse être illicite, le principe de la liberté d'expression et la transparence devant alors s'incliner devant des intérêts qui commandent une rétention d'informations.

– **Le secret** – Un des principaux obstacles à la liberté d'expression qui viennent s'ériger contre un droit de savoir tient à l'existence de secrets sanctionnés par le droit. L'évocation du secret paraît celle d'une société passéiste, dépassée par l'avènement de la transparence. Voire, le secret tend à inspirer la méfiance, comme antithétique des vertus que l'on prête

42. Article 413-7, alinéa 1<sup>er</sup>, du code pénal. Il s'agit d'une infraction punie de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. Les conditions dans lesquelles les autorisations de pénétrer dans ces lieux sont délivrées sont précisées par un décret en Conseil d'État (alinéa 2).

43. Les jurés sont ainsi appelés, avant l'ouverture des débats, à jurer « de conserver le secret des délibérations, même après la cessation de [leurs] fonctions » (article 304 du code de procédure pénale). Quant au secret de la défense nationale, sa violation fait l'objet de plusieurs incriminations : articles 413-10, 413-10-1, 413-11 du code pénal.

44. Abbé Dinouart, *L'Art de se taire*, Jérôme Million, 1996 (cette édition reprend partiellement le texte paru chez Deprez en 1771). À méditer à l'heure de l'internet, l'un des « principes nécessaires pour se taire » rappelés par l'auteur : « quand on a une chose importante à dire, on doit y faire une attention particulière : il faut se la dire à soi-même, et après cette précaution, se la redire, de crainte qu'on ait sujet de se repentir, lorsqu'on n'est plus le maître de retenir ce qu'on a déclaré » (p. 40).

45. Dans un autre ordre que celui du droit, la bienséance, la courtoisie, la délicatesse sont aussi là pour rappeler que toute vérité n'est pas bonne à dire.

46. Articles L. 3323-2 et s. et article L. 3351-7 du code de la santé publique.

47. Articles L. 3511-3 et s. et article L. 3512-2 du code de la santé publique.

48. Loi du 29 juillet 1881, article 29 et s.

49. Par exemple, loi du 29 juillet 1881, article 24.

à la transparence. On aurait tort de se fier à ces impressions, qui ne font pas leur part aux nuances qui s'imposent. Une saine transparence ne doit pas avoir pour projet d'anéantir la discrétion, la réserve, la rétention, le secret, mais de se concilier aussi harmonieusement que possible avec eux. De même que la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse regorge d'incriminations – les fameuses infractions dites de presse – qui représentent autant de limites à la liberté d'expression, le bienfait de la transparence n'est sensible que dans le contraste qu'offre sa permanente confrontation au secret. Encore y a-t-il lieu de souligner, et c'est un point important, que les secrets sanctionnés par le droit sont de configurations différentes, révélant une gradation dans la façon dont le droit tient avec eux la transparence à distance. Le caractère sensible de certaines informations commande qu'elles ne puissent être connues que d'un cercle restreint de personnes et déterminé par la loi. Le secret de la défense nationale interdira donc à son dépositaire « d'en donner l'accès à une personne non qualifiée ou de le porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée<sup>50</sup> ». L'intérêt général qui est ici exclusivement en jeu<sup>51</sup> impose à celui qui sait de conserver le secret par-devers lui. Dans un même ordre d'idées, le secret des délibérations contraint ceux qui y ont pris part à ne jamais rien révéler. D'autres secrets sont proposés au titre de la protection d'intérêts particuliers. Ils ne contraindront les tiers que dans la mesure où celui qui est protégé par le secret s'en réclame. Le droit au respect de la vie privée, par le droit de contrôle qu'il reconnaît à la personne sur les informations relatives à sa vie privée, permet à chaque personne de conserver ces dernières pour elle ou bien au contraire de les révéler, à une personne déterminée, dans un cercle limité ou bien encore au public. Le ressort de ce secret, qu'il s'agisse de le conserver ou de l'éventer, est la volonté individuelle. Pour leur part, les secrets professionnels, par ce qu'ils empruntent à l'intérêt général comme à l'intérêt particulier, présentent une ambiguïté, en tout cas une ambivalence dans leur fondement qui peut rendre délicate l'appréciation du rôle qu'a vocation à y jouer la volonté individuelle.

– **Transparence contre secret : la balance des intérêts** – En matière de transparence et de droit de savoir, tout est question de mesure, d'équilibre, de balance des intérêts<sup>52</sup>. Le législateur comme le juge le savent bien, toute aspiration à la transparence ne doit pas, ne peut pas nécessairement être convertie en droit de savoir. Des conflits d'intérêts se présentent, plus ou moins faciles à trancher. La simple curiosité du public ne fait évidemment pas en soi un titre légitime à connaître ce qu'une célébrité veut cacher de sa vie privée, et le juge peut trancher sans état d'âme le conflit entre l'organe de presse et la victime des indiscretions en faveur de cette dernière<sup>53</sup>.

50. Article 413-10 du code pénal. Voir aussi les articles 413-11 et 413-11-1.

51. Cf. Crim., 1<sup>er</sup> octobre 1996, *Bull. crim.*, n° 338, pourvoi n° 95-85.529; *Dr. pénal* 1997, comm. 28, obs. A. Maron.

52. Sur la résolution des conflits, cf. *infra* 0.2.

53. L'atteinte commise par un organe de presse aux droits de la personnalité d'un mannequin en publiant des informations relatives à sa grossesse et en diffusant sans le consentement de l'intéressée des photographies la montrant enceinte ne peut trouver de justification dans l'intérêt du public pour des informations sur les événements heureux de l'actualité : CA Paris, 7 novembre 2001, *D.* 2002, somm. p. 2372, obs. L. Marino. L'intérêt au sens de la curiosité ne fait pas nécessairement un intérêt légitime à savoir.

Mais certaines aspirations à la connaissance sont plus poignantes et, à une époque qui met la transparence au pinacle, plus délicates à refouler. Dans cette microsociété qu'est la famille, les secrets, les non-dits ont été accusés, sous l'influence de la psychanalyse, d'être porteurs de névroses. Il est rare aujourd'hui, ce qui n'était pas le cas hier, qu'un enfant adopté ignore la particularité de sa filiation. La transparence spontanée à l'œuvre dans les familles favorise le déplacement d'une ignorance à une autre, de l'ignorance de la nature de la filiation à la révélation à l'enfant de son ignorance sur ses origines. Celui qui sait, parce que sa famille ne le lui a pas caché, qu'il est né sous X ou d'un don de gamètes veut souvent en savoir davantage. Mais dans son aspiration à la connaissance de ses origines, il se heurte à des obstacles posés par le droit. Celui-ci tend à l'enfant en quête de ses origines une oreille compatissante, tout en continuant à en prêter une autre au géniteur qui entend préserver son anonymat. Pour le droit, face à ces intérêts contraires<sup>54</sup> mais assurément dignes de considération, tout sera donc question de mesure. Ainsi en énonçant que l'enfant a, « dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents », l'article 7 § 1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant ne fait qu'entrouvrir la porte sur la connaissance des origines. Visant notamment cet article et rappelant que, selon celui-ci, « applicable directement devant les tribunaux français, l'enfant a, dès sa naissance et dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents », un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 7 avril 2006<sup>55</sup> a permis la prise en considération de la reconnaissance prénatale de l'enfant alors que celui-ci était né d'un accouchement sous X. La femme, mariée ou non, qui a accouché ainsi n'a fait qu'user d'un droit que lui reconnaît l'article 326 du code civil en énonçant que « lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé ». L'enfant né dans ces conditions ne pourra établir sa filiation à l'égard de sa mère biologique, mais avant tout il paraît condamné à rester dans une totale ignorance de l'identité de celle-ci. Pour adoucir ce que cette situation aurait de trop rigoureux pour l'enfant, tout en ménageant les intérêts de la femme, le droit, qui doit exclure ici toute contrainte, a recours à l'incitation. Depuis la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002, la femme qui demande à accoucher sous X, informée « de l'importance pour toute personne de connaître ses origines et son histoire », est alors « invitée à laisser, si elle l'accepte, des renseignements sur sa santé et celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance ainsi que, sous pli fermé, son identité » et « est informée de la possibilité qu'elle a de lever à tout moment le secret de son identité »<sup>56</sup>. À défaut, ce dont elle est également informée, son identité ne pourra être communiquée, sous l'égide du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, que dans certains cas qui font entrer en ligne de compte, d'une façon ou d'une autre, sa volonté<sup>57</sup>. C'est une

54. L'imbrication des intérêts peut être plus subtile : l'intérêt de la mère à accoucher sous X en préservant ainsi son anonymat peut coïncider avec celui de l'enfant si cette possibilité offerte à la mère l'incite à mener sa grossesse jusqu'à son terme.

55. 1<sup>re</sup> Civ., 7 avril 2006, *Bull.* 2006, I, n° 195, pourvois n° 05-11.285 et 05-11.286 ; *RTD civ.* 2006, p. 292, obs. J. Hauser ; *Dr. famille* 2006, comm. 124, obs. P. Murat. Voir aussi « L'application directe de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant », in *Rapport annuel 2009* de la Cour de cassation, p. 83 et s.

56. Article L. 222-6 du code de l'action sociale et des familles.

57. Article L. 147-6 du code de l'action sociale et des familles.

demi-mesure, mais la Cour européenne des droits de l'homme elle-même, amenée à se prononcer au regard de l'article 8 de la Convention européenne, n'en demande pas davantage pour que soit satisfait, au regard du droit au respect de la vie privée, « l'intérêt primordial [des personnes] protégé par la Convention à recevoir des renseignements qu'il leur faut connaître, à comprendre leur enfance et leurs années de formation<sup>58</sup> ».

Sur un autre front familial, celui des dons de gamètes, le droit est également aujourd'hui écartelé entre une aspiration croissante à la transparence et les bienfaits de l'anonymat ; et ici encore, le législateur se dirige à l'heure actuelle vers une solution de transaction. La place de l'anonymat dans la filiation a crû avec le développement de la procréation médicalement assistée. Lorsque celle-ci a fait intervenir un tiers donneur, le principe de son anonymat – comme celui du receveur, d'ailleurs – est strictement garanti par le droit<sup>59</sup>. Depuis le début des années 1970, environ 50 000 enfants sont nés d'un don de gamètes<sup>60</sup>, auxquels les parents n'ont d'ailleurs pas toujours révélé cette circonstance. Certains d'entre eux sont aujourd'hui en quête de leurs origines, parfois simplement, témoignent quelques-uns, pour pouvoir se représenter celui qui a contribué à leur donner la vie. Dans ce contexte, le projet de révision de 2010 de la loi bioéthique<sup>61</sup> a particulièrement retenu l'attention en raison des aménagements que, fin 2010, il apporte à l'anonymat du don de gamètes. Recherchant un équilibre des intérêts entre d'une part, les enfants – pas tous d'ailleurs – qui veulent savoir, et, d'autre part, les parents ayant bénéficié du don et les donneurs, qui, dans leur grande majorité, sont hostiles à la levée de l'anonymat, le projet a déçu les espérances des tenants d'une transparence totale mais rassuré ceux qui voient dans le maintien de l'anonymat une garantie pour la tranquillité des familles et une incitation au don de gamètes. Une possibilité d'accès à l'identité du donneur est reconnue aux personnes nées d'un don, sans imposer au donneur de révéler son identité. Elle ne concerne que les dons futurs et est subordonnée au consentement du donneur. Seule une initiative spontanée de celui-ci permettra de lever son anonymat pour les dons passés.

– **Quand la technique rend possible ce que le droit ne permet pas** – Si des enfants veulent savoir qui sont leurs parents, l'inverse est vrai. Des parents – entendons par là des pères – veulent savoir si leur enfant est bien le leur. Pendant longtemps la plupart des hommes mariés, se reposant sur la règle *Pater is est*<sup>62</sup>, n'ont pas jugé utile d'en savoir plus sur ce point que ce que la loi leur permettait de présumer. Aujourd'hui, mariés ou non, de nombreux hommes, sensibles aux exigences de la vérité biologique, veulent en avoir le cœur net. C'est là que l'on voit le droit pris en tenaille par les techniques scientifiques et la tentation

58. CEDH, 13 février 2003, Odièvre c. France, requête n° 42326/98 : *D.* 2003, p. 120, note B. Mallet-Bricout ; *JCP* 2003, éd. G, II, 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; Ph. Malaurie, « La Cour européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaître ses origines », *in JCP* 2003, éd. G, I, 120.

59. Il y a en ce domaine pléthore de textes : article 16-8 du code civil ; article 511-10 du code pénal ; articles L. 1211-5, L. 1244-7, et L. 2141-6 du code de la santé publique.

60. *Le Figaro*, 20 octobre 2010, p. 13.

61. Assemblée nationale, 20 octobre 2010, Projet de loi n° 2911 ; *JCP* 2010, éd. G, act. 1079, obs. J.-R. Binet. Voir aussi Ch. Byk, « La levée de l'anonymat du don de gamètes. Une mesure modeste et équilibrée », *JCP* 2010, éd. G, 1135.

62. *Pater is est quem nuptiae demonstrant* : le père est celui que le mariage désigne.

de savoir qu'exacerbe l'internet. En droit français, les tests de paternité par comparaison des ADN du père et de l'enfant, permettant de confirmer celle-ci avec une fiabilité de 99,99 %<sup>63</sup>, sont jugés suffisamment graves pour qu'il ne puisse y être spontanément recouru par ceux qui ont un doute sur leur paternité<sup>64</sup>. Une procédure judiciaire s'impose, mais aujourd'hui certains s'en dispensent en ayant recours, via l'internet, à des laboratoires étrangers. Moyennant quelques centaines d'euros, une analyse sera effectuée après envoi par l'intéressé d'échantillons d'ADN récupérés dans la salive ou dans un cheveu, et le résultat adressé sous pli confidentiel. Un site spécialisé dans ce commerce propose même un « test d'infidélité », qui, en cas de doute sur la constance de son partenaire, et en présence d'objets qui peuvent inspirer le soupçon, comme un préservatif ou du linge souillé, permet de confirmer ou d'infirmer la présence masculine ou féminine d'ADN sur ledit objet et de comparer cet échantillon avec l'ADN d'une personne soupçonnée... Nul droit de savoir ici en dehors des cas prévus par la loi, mais, en fait, une connaissance rendue possible par la technique qui permet, pour ceux qui le veulent, de contourner les prohibitions juridiques ; à leurs risques et périls certes<sup>65</sup>, mais combien passeront à travers les mailles du filet ? L'interdit demeure, mais il est ébranlé.

– **Toujours plus de publicité de la justice** – Il est d'autres domaines dans lesquels les limites posées par le droit à la transparence reculent sous la pression de la pratique nourrie des techniques de communication. La justice est rendue publiquement, mais sa sérénité justifie la prohibition, pénalement sanctionnée, des caméras dans les juridictions lors des audiences<sup>66</sup>, sauf exception lorsque l'« enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice<sup>67</sup> ». Et pourtant, comment ne pas constater que, par l'effet notamment d'autorisations ponctuelles d'enregistrement délivrées par les autorités judiciaires, la justice est de plus en plus filmée dans ses audiences, pour répondre, à la télévision ou au cinéma, au goût du public, aujourd'hui féru d'affaires judiciaires<sup>68</sup> ? Quant à l'internet, il ouvre aux journalistes qui suivent les audiences de nouvelles pratiques de communication en temps réel avec le public, pratiques admises par la chancellerie comme « prises de notes avec transmission par internet<sup>69</sup> ». Ces nouvelles pratiques annoncent-elles une évolution du droit, qui plierait sous les poussées de la transparence ?

– **De la pudeur à la surexposition... de soi et des autres** – De fait, l'impact du développement des technologies de la communication sur l'évolution de la règle de droit ou sur la perception, par le corps social, de la légitimité de certaines prohibitions, est d'ores et déjà considérable et révèle même, parfois, un renversement des perspectives. Dans les années 1960, le perfectionnement des techniques de communication, comme les caméras, les zooms, les appareils d'enregistrement, a suscité une légitime crainte quant aux atteintes ainsi facilitées aux libertés individuelles et à la vie privée. On se souvient de M. Robert Badinter

63. Ou de l'exclure à 100 %.

64. Cf. article 16-11 du code civil.

65. Cf. article 226-28 du code pénal.

66. Cf. loi du 29 juillet 1881, article 38ter ; article 308, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de procédure pénale.

67. Article L. 221-1 du code du patrimoine.

68. Voir notamment sur ce point F. Bussy, « Justice et médias », *in D.* 2010, p. 2526, sp. n° 9.

69. F. Bussy, article précité, n° 10.

en appelant au législateur afin qu'il donne à celle-ci la protection qu'elle méritait<sup>70</sup>. C'est ainsi que le mur de la vie privée a été construit pierre par pierre, par l'action conjuguée du législateur et du juge. Le premier a introduit, en 1970, le droit au respect de la vie privée à l'article 9 du code civil<sup>71</sup> et a fait de celle-ci une valeur sociale protégée par plusieurs incriminations introduites dans le code pénal<sup>72</sup>. Quant au juge, il a, par une interprétation dynamique de l'article 9 du code civil, donné à ce droit de la personnalité une ampleur remarquable, qui le fait rayonner bien au-delà du contentieux de la presse. N'est-ce pas, par exemple, le principe dû au respect de la vie privée qui a justifié, dans un revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation après une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>73</sup>, que l'état civil de la personne présentant le syndrome du transsexualisme médicalement constaté indique désormais le sexe dont elle a l'apparence<sup>74</sup>? Et cela, avait précisé la Cour de cassation, sans que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fasse obstacle à cette modification. La solution n'allait pas sans hardiesse, mais par cet alignement de l'état civil sur l'apparence, c'était reconnaître que les tiers n'ont pas le droit de savoir que la personne leur présentant ses papiers officiels est transsexuelle, seule celle-ci pouvant décider d'en faire la révélation à qui et quand elle le veut. Vie privée oblige.

Cette pudeur paraît presque, aujourd'hui, une vertu d'un autre temps, en tout cas pour tous ceux qui s'exhibent sans état d'âme sur l'internet, se donnant à voir à la face du monde ; à telle enseigne que le mur de la vie privée donne des signes de faiblesse, notamment sous les coups de boutoirs de certains qui voient dans la vie privée une valeur dépassée par le règne de la transparence. Certes, avant même l'importance qu'a prise l'internet ces dernières années, notamment grâce au succès des réseaux sociaux, des émissions de « télé-réalité », à partir des années 2000, avaient permis à certains pionniers de se déshabiller au propre comme au figuré devant une France médusée qui ne savait pas si elle devait se scandaliser ou s'enthousiasmer. Aujourd'hui ce genre d'émissions fait presque figure d'antiquité, quand n'importe quel internaute peut tout dévoiler de son intimité en se filmant avec une webcam, en racontant sa vie ou mettant des photographies de lui sur l'internet. Que la maîtrise des paramètres de confidentialité lui fasse défaut, et ce n'est pas un cercle choisi d'internautes qui pourra accéder à ces scènes de vie, mais l'ensemble du web. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), qui alerte les internautes sur les risques auxquels ils s'exposent, n'en peut mais. Ce faisant, les internautes exercent leur droit au respect de la vie privée et leur droit sur l'image, qui consistent en des droits de contrôle, par lesquels la personne a la maîtrise juridique de ces éléments de sa personnalité. Libre à elle de les dévoiler sur l'internet.

70. R. Badinter, « Le respect de la vie privée », in *JCP* 1968, I, 2136.

71. Loi du 17 juillet 1970.

72. Aujourd'hui articles 226-1 et s. du code pénal.

73. CEDH, 25 mars 1992, B. c. France, requête n° 13343/87 : *JCP* 1992, II, 21955, note Th. Garé ; *D.* 1992, somm. p. 325, note J.-F. Renucci ; *RTD civ.* 1992, p. 540, obs. J. Hauser et D. Huet-Weiller.

74. Ass. plén., 11 décembre 1992, *Bull.* 1992, Ass. plén., n° 13, pourvois n° 91-11.900 et 91-12.373 ; *JCP* 1993, éd. G, II, 21991, concl. Jéol, note G. Mémeteau ; *RTD civ.* 1993, p. 97, obs. J. Hauser.

Plus troublant, peut-être, cette transparence à tout va s'étend à ceux qui ne sont pas encore nés mais que l'internet a déjà saisis dans sa toile grâce au zèle de futurs parents qui s'empressent de mettre en ligne les échographies prénatales<sup>75</sup> ! Plus grave, sans doute, la diffusion sur l'internet d'images de la personne d'autrui dans son intimité, non autorisée par l'intéressé, est devenue une pratique courante. Ceux qui agissent ainsi s'exposent à des sanctions pénales pour atteinte à l'intimité de la vie privée<sup>76</sup> voire, si les images représentent des mineurs, même âgés de plus de 15 ans, dans un contexte sexuel, pour fixation, en vue de sa diffusion, de l'image d'un mineur à caractère pornographique<sup>77</sup>. La mode qui a consisté à filmer des images de violences commises sur une personne<sup>78</sup> pour les basculer sur l'internet a même incité le législateur à intervenir pour incriminer cette diffusion, sauf « lorsque l'enregistrement ou la diffusion résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public ou est réalisée afin de servir de preuve en justice<sup>79</sup> ».

– **L'internet, une révolution dans la communication publique** – La distinction ainsi introduite entre ceux qui peuvent, au titre de leur profession, diffuser ces images, et les autres, auxquels s'applique l'interdit, a fait grincer quelques dents, au motif que la loi établissait ainsi une distinction arbitraire au regard de l'exercice de la liberté d'expression. Peut-être ce « deux poids, deux mesures » n'est-il pas exempt de toute maladresse<sup>80</sup>, en tout cas il a le mérite d'attirer l'attention sur une réalité à laquelle le droit doit faire face, celle que représente aujourd'hui l'internet comme moyen totalement inédit dans l'histoire de l'humanité de communiquer publiquement. Plus qu'une évolution, c'est une véritable révolution, un changement de paradigme. L'accès aux médias traditionnels – presse écrite, radio, télévision – repose sur des filtres, en ce sens que n'importe qui ne peut décider quand bon lui semble de s'y exprimer. Mais n'importe quel internaute peut, dès lors qu'il dispose du matériel informatique adéquat, se projeter à la face du monde. C'est « le sacre de l'amateur<sup>81</sup> », plein de promesses pour la circulation de l'information et le développement de la culture contemporaine, mais le juriste, lui, est naturellement porté à en redouter les dérives.

Jean Carbonnier disait que le législateur devrait toujours légiférer avec la main qui tremble. De même lorsque, grâce à l'internet, on s'exprime potentiellement à la face du monde, il faudrait dans certains cas y réfléchir à deux fois : la mesure de la prudence devrait être à la

75. Une étude réalisée en 2010, dans de nombreux pays, par une entreprise de sécurité sur l'internet, a révélé qu'en moyenne 23 % des mères mettaient en ligne les échographies prénatales bien avant la naissance de l'enfant (cf., pour la présentation de cette étude, [http : //www.zataz.com/news/20746/Naissance-numerique--enfant-present-sur-Internet.html](http://www.zataz.com/news/20746/Naissance-numerique--enfant-present-sur-Internet.html)).

76. Articles 226-1 et 226-2 du code pénal.

77. Article 227-23 du code pénal ; pour une double déclaration de culpabilité – atteinte à l'intimité de la vie privée et fixation en vue de sa diffusion de l'image d'un mineur présentant un caractère pornographique, cf. CA Paris, 20<sup>e</sup> ch., sect. A, 24 avril 2007 ; *Juris-Data* n° 2007-341490 ; *Comm. com. électr.* 2007, comm. 156.

78. C'est ce que l'on appelle parfois le *happy slapping*.

79. Article 222-33-3, alinéa 2, du code pénal. Le fait de filmer les actes de violence est réprimé en tant qu'acte de complicité : article 222-33-3, alinéa 1<sup>er</sup> du même code.

80. Qu'est-ce, en effet, que « l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public » ?

81. P. Flichy, *Le Sacre de l'amateur – Sociologie des passions ordinaires à l'ère numérique*, Seuil, « La République des idées », 2010.



hauteur de l'audience que les propos peuvent avoir. La diffusion de certaines informations sensibles se conçoit librement dans un cercle restreint, elle peut en revanche être dangereuse lorsque elle a lieu sans précaution sur l'internet. Dès 2001, la CNIL a été sensible aux dangers que représente la diffusion en libre accès des décisions de justice et, tenant compte des performances que présentaient déjà les moteurs de recherche, a recommandé que le nom et l'adresse des parties au procès ou des témoins ne figurent pas dans les décisions de justice librement accessibles sur des sites internet<sup>82</sup>. Semblable réalisme inspire l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 27 octobre 2009 qui a considéré qu'avait commis l'infraction prévue par l'article 323-3-1 du code pénal le gérant d'une société spécialisée dans le conseil en sécurité informatique pour avoir diffusé sur son portail internet des scripts permettant d'exploiter des failles de sécurité informatique. Le motif légitime dont l'article 323-3-1 réserve l'hypothèse à des fins de justification ne pouvait être tiré de la volonté d'informer le public sur l'existence des failles de sécurité, dès lors que, du fait de son expertise en la matière, il savait qu'il diffusait des informations présentant un risque d'utilisation à des fins de piratage par un public particulier en recherche de ce type de déviance.

– **Des limites, battues en brèche, à la liberté d'expression sur l'internet** – De fait les limites qui s'imposent à la liberté d'expression et qui peuvent ainsi s'ériger contre le droit de savoir, valent pour l'internet comme pour tout autre mode d'expression publique. Une étude récente de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a montré que l'internet, « un support comme un autre de publication », « apparaît finalement comme un phénomène de communication qui s'intègre, avec ou sans spécificité, dans le domaine de compétence de la Cour [...] et auquel elle applique sa jurisprudence<sup>83</sup> ». Ce qui semble évident pour les juristes est pourtant contesté par certains acteurs de l'internet. Les nouvelles technologies, parce qu'elles rendent possible en fait l'accès ou la diffusion sans limites de l'information, ont, aux yeux de certains, rendu illégitimes les restrictions juridiques. Dans cette conception, l'internet devrait être envisagé comme un espace déconnecté des pesanteurs du monde réel, et en particulier des contraintes juridiques, un espace sans cloisonnement, où tout peut être dit, où tout peut être su. La légitimité du droit d'auteur, jusque-là bien établie, a été mise brutalement en cause : pourquoi payer pour ce que la technique permet d'obtenir gratuitement ? Les *hackers* sont par ailleurs devenus, dans une certaine représentation contemporaine de la liberté d'expression qui enjoint d'informer sans entrave, de véritables héros des temps numériques. La contestation de l'emprise des États sur l'internet est relayée depuis quelques années déjà par divers courants et associations qui militent pour une liberté d'expression maximale sur l'internet<sup>84</sup>. Cette logique a trouvé – pour l'instant, fin 2010 – un écho dans la diffusion au public, grâce au site internet *WikiLeaks*, de nombreuses dépêches diplomatiques américaines, obtenues vraisemblablement par une intrusion informatique – ce à quoi le droit pénal trouve à redire. Certes, de grands organes de la presse écrite ont joué

82. CNIL, délibération du 29 novembre 2001. Elle a également recommandé que l'adresse des parties au procès ou des témoins ne figure pas dans les décisions de justice accessibles par l'internet, moyennant paiement par abonnement ou à l'acte, ou par CD-Rom.

83. P. Auvret, « Internet dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Comm. com. Electr* 2010, étude 23.

84. Voir, par exemple, P. Himanen, *L'Éthique hacker et l'esprit de l'ère de l'information*, préf. L. Torvalds, Exils Éditeurs, 2001.

ici un rôle de filtre, mais cette initiative qui vient de l'internet préfigure ce que pourrait être une transparence portée à son paroxysme, où plus rien ne pourrait être confidentiel, où tout serait relayé par l'internet. À telle enseigne qu'aux mesures juridiques qui ont commencé à être prises suite à ces révélations ont répondu des mesures de représailles informatiques, riposte de pirates pour que l'internet reste « libre et ouvert à tous »...

Cette transparence débridée ne répond pas à la philosophie du droit de savoir. Par l'esprit de mesure et de nuance qui doit l'inspirer et la pondération des intérêts dont il est porteur, le droit de savoir désigne une transparence savamment orchestrée par le droit.

## 0.2. Le droit de savoir, une transparence orchestrée par le droit

– **Transparence en droit public et en droit privé** – Étroitement associée à une conception démocratique de l'exercice du pouvoir, la transparence n'est pas restée un concept politique, elle a eu, et continue d'avoir, des résonances juridiques et ce, bien au-delà de l'ex-URSS<sup>85</sup>. Dans une moindre mesure – car cette évolution s'est faite au cœur d'une démocratie déjà bien installée – la France aussi a connu sa vague de transparence dans la vie publique à partir de la fin des années 1970. Le terme a trouvé sa place en droit administratif français pour y désigner « le droit du citoyen de savoir ce qu'ont fait, font ou vont faire les autorités administratives<sup>86</sup> ». La culture du secret, en tout cas de la moindre communication, dont s'entourait de façon traditionnelle l'action de l'administration française n'était plus, à la fin des années 1970, en phase avec les aspirations nouvelles à davantage d'informations, ni avec les pratiques des pays nordiques ou des États-Unis. La transparence administrative, estime la doctrine, « est vraiment née de la loi [n° 78-753] du 17 juillet 1978<sup>87</sup> » qui, s'inspirant du « *Freedom of Information Act* » des États-Unis, a consacré une « nouvelle liberté publique, la liberté d'accéder aux documents administratifs<sup>88</sup> », en érigeant en principe, par renversement du principe antérieur, la communication de ces documents. C'est un droit d'accès, sous la forme de la consultation directe, de la reproduction ou de l'envoi électronique, à l'ensemble des documents détenus par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes de droit privé chargés de l'exécution de missions de service public, qui a été ainsi reconnu aux administrés. À leur tour les archives publiques furent rendues d'un accès plus facile par la loi n° 79-18 du 3 janvier 1979. Plus récemment, la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations a continué d'étendre les exigences de la transparence administrative<sup>89</sup>.

85. Cf. *supra*, 0.1.

86. D. Truchet, *Droit administratif*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2010, p. 148.

87. D. Truchet, *op. cit.*, p. 149.

88. H. Maisl, « Une nouvelle liberté publique : la liberté d'accéder aux documents administratifs », in *Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, Éd. Emile-Paul, 1981, p. 831.

89. Par exemple, l'article 4 de la loi du 12 avril 2000 prévoit que, dans ses relations avec une autorité administrative, « toute personne a le droit de connaître le prénom, le nom, la qualité et l'adresse administratives de l'agent chargé d'instruire sa demande ou de traiter l'affaire qui la concerne ».

Quand on songe par ailleurs à la transparence qui s'est progressivement diffusée en matière électorale<sup>90</sup>, il pourrait être tentant de penser qu'elle est l'apanage du droit public, en tout cas qu'elle y a trouvé son domaine de prédilection. Tel n'est pas le cas, tant s'en faut. Un colloque organisé en 1993 par l'association Droit et commerce<sup>91</sup> montrait déjà à quel point le droit privé se révèle lui aussi réceptif à cette exigence, à telle enseigne que s'observent des évolutions semblables en droit public et en droit privé, dans le sens d'un renforcement de la transparence, comme l'attestent les exigences croissantes de motivation, en droit administratif comme en droit du travail par exemple. Dix-huit ans après ce colloque, la transparence est toujours – et même, sans doute, davantage – à l'ordre du jour en droit privé, mais c'est sous la dénomination du droit de savoir que le phénomène est mis à l'honneur cette année dans le *Rapport de la Cour de cassation*.

– **De la transparence au droit de savoir** – De la transparence au droit de savoir, le glissement sémantique évoque une forme d'appropriation par le droit d'un phénomène qui n'est pas cantonné à ses limites. Toute transparence n'est pas juridique : la psychanalyse, source de transparence quant à soi-même, la liberté de parole dans une famille, la transparence de l'architecture, plus haut évoquée<sup>92</sup>, sont autant de manifestations individuelles ou sociales de la transparence dans lesquelles le droit n'est pas partie prenante. Outre ce repositionnement juridique, parler du droit de savoir opère une restriction par rapport à la transparence dont le droit fait cas. Le droit de savoir évoque, certes, la transparence, mais tout ce qui, en droit, contribue à la transparence n'a pas le droit de savoir pour vecteur. Certaines formes de transparence, par leur façon spontanée de dévoiler ce qui a quelque mérite ou utilité à être connu, ne sont pas le produit du droit, mais un fait dont celui-ci peut décider de tenir compte. La transparence s'offre parfois d'elle-même, telle l'apparence lorsqu'elle n'est pas trompeuse, à telle enseigne que, l'acheteur pouvant se convaincre lui-même des vices apparents, le vendeur n'en est pas tenu (article 1642 du code civil). La notoriété aussi peut être source de transparence. La reconnaissance d'un droit de savoir ne se conçoit pas quant à ce qui est apparent, notoire<sup>93</sup>, sans mystère. Quand il suffit de lever le nez pour voir quelle est la couleur du ciel, quel droit de savoir pourrait être invoqué ? Il en va de certaines informations comme de certaines choses, elles appartiennent à tous. Nul ne peut donc, à l'égard de ce qui tombe sous le sens, ou les sens, se prévaloir d'un droit de savoir.

Ainsi le droit de savoir est une expression qui, pour être évocatrice, ne se suffit pas à elle-même. Parler du droit de savoir, c'est nécessairement se demander ce qu'on a le droit de savoir. Grammaticalement, le verbe savoir appelle un complément d'objet direct ;

90. En dernier lieu, une proposition de loi portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique, devant faire l'objet d'un vote à l'Assemblée nationale le 11 janvier 2011, a suscité des turbulences au sujet de l'incrimination de déclaration de patrimoine incomplète ou mensongère.

91. *RJ com.*, numéro spécial « La transparence », novembre 1993.

92. Cf. *supra*, 0.1.

93. Un auteur remarque ainsi que, « de manière générale, la notoriété agit directement sur la délimitation du contenu de l'obligation d'information. Plus précisément, celle-ci est allégée à mesure que le fait litigieux est notoire » : C.-A. Maetz, *La Notoriété – Essai sur l'appropriation d'une valeur économique*, PÜAM, 2010, n° 7.

juridiquement, le droit de savoir ne se conçoit que portant sur telle ou telle information en particulier. Ainsi le droit de savoir ne se confond pas avec le droit à l'instruction ou à l'éducation, droit fondamental, qui ouvre grand les portes sur la connaissance, sans périmètre précis. Il n'existe pas dans l'absolu un droit de savoir sans autre précision, au mieux un droit de savoir telle ou telle information dans tel ou tel contexte. Le droit de savoir paraît ainsi éminemment circonstancié.

Toutefois quand le juriste cherche à le débusquer dans les textes, il n'en trouve pas de si nombreuses traces. L'expression elle-même, droit de savoir, est, on l'a signalé plus haut, d'usage peu fréquent, en tout cas dans la loi ou dans la jurisprudence<sup>94</sup>. Mais qu'on ne s'arrête pas à la lettre. Le droit de savoir se détecte volontiers sous d'autres termes. Le droit de connaître ses origines en est une déclinaison<sup>95</sup>. Le droit reconnu par la loi d'interroger une personne pour obtenir d'elle des informations se coule également dans le droit de savoir. Tel est le cas, par exemple, du droit que consacre la loi dite « Informatique et libertés » pour toute personne physique d'interroger le responsable d'un traitement de données à caractère personnel en vue d'obtenir diverses informations, notamment la confirmation que des données la concernant font ou non partie de ce traitement, ou bien les informations relatives aux finalités du traitement, aux catégories de données traitées et aux destinataires auxquelles celles-ci sont communiquées<sup>96</sup>. Autre variante, le droit reconnu à toute personne d'être informée sur son état de santé, consacré par l'article L. 1111-2 du code de la santé publique depuis la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002. Sous l'angle de la responsabilité civile, un important arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 3 juin 2010, rendu au visa des articles 16, 16-3 et 1382 du code civil, a affirmé « qu'il résult[ait] des deux premiers de ces textes que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci<sup>97</sup> ».

Mais au-delà de droits de savoir *stricto sensu*, se rattachant à la catégorie des droits subjectifs, c'est l'idée, l'esprit du droit de savoir qu'il faut détecter dans de nombreuses règles de droit privé qui œuvrent de façon très puissante à la transparence. Le droit de savoir tel qu'il est entendu dans cette ample étude menée par la Cour de cassation se cale, dans une acception large, moins technique qu'imagée, sur la *transparence contrainte*. « En général, avait dit Carbonnier, la transparence est un effet de la contrainte, de la contrainte du droit : c'est, dans la pratique, une transparence forcée, une transparence d'ordre public<sup>98</sup>. » Mais cette transparence qu'évoque le droit de savoir est également une transparence à laquelle le droit donne sa *mesure*.

– **Le droit de savoir, une transparence contrainte par le droit** – C'est en présence d'un obstacle à surmonter dans l'accès à la connaissance que se profile le droit de savoir. Lorsque l'information que brigue une personne lui est matériellement difficile, voire impossible d'accès, le droit de savoir permet d'aplanir l'obstacle. Qui mieux que le vendeur

94. La doctrine l'utilise, par exemple, assez fréquemment en matière de transparence administrative.

95. Cf. *supra*, 0.1.

96. Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, article 39.

97. 1<sup>re</sup> Civ., 3 juin 2010, *Bull.* 2010, I, n° 128, pourvoi n° 09-13.591.

98. J. Carbonnier, « Propos introductifs », in *RJ com.*, numéro spécial « La transparence », précité, p. 13.

connaît la chose qu'il vend? Qui mieux que le juge connaît les motifs de la décision qu'il rend? À l'acquéreur ou au justiciable, la reconnaissance du droit de savoir, pour l'un, les caractéristiques de la chose, pour l'autre, les motifs du jugement, lui permet de prendre connaissance de ce qu'il ne pourrait trouver par lui-même – comment sonder le for intérieur du juge –, ou bien, dans le cas de la vente, qu'au prix, éventuellement, de recherches parfois lourdes et difficiles. Ce peut être aussi un obstacle de droit que permet de surmonter le droit de savoir. Les secrets juridiquement protégés font en principe obstacle à la connaissance de ceux qui ne sont pas inclus, par la loi ou la volonté individuelle, dans le cercle du secret, mais peuvent être amenés à céder ponctuellement devant le droit de savoir d'autrui.

C'est ainsi que l'idée du droit de savoir se cristallise dans notre droit positif autour de deux axes majeurs, que le présent *Rapport de la Cour de cassation* fait apparaître comme deux logiques juridiques distinctes mais semblablement déployées au service de la transparence, selon que l'information est *imposée* ou *justifiée* par l'idée du droit de savoir.

– **L'information imposée** – L'information *imposée* se rapporte à un premier enjeu du droit de savoir, celui d'obtenir d'une personne, d'une institution, une information, qu'elle est seule à pouvoir révéler car seule à connaître, ou, en tout cas, qu'elle est la mieux à même de transmettre, étant mieux placée pour la connaître que celui qui éprouve le besoin d'être informé. Le droit de savoir se lit alors en filigrane des multiples obligations d'information ou des obligations de rendre compte ou de se justifier, de s'expliquer, qui se nichent dans des domaines toujours plus nombreux du droit privé. Les riches développements que consacre la Cour de cassation, dans la première partie de son étude, à cet aspect du droit de savoir attestent de façon évidente l'ampleur qu'a prise cette forme de transparence dans notre droit privé et sa grande variété : obligations d'information dans les contrats<sup>99</sup>, obligation d'information médicale, obligations d'information en droit processuel<sup>100</sup>, obligations d'information institutionnelle du droit du travail ou de la sécurité sociale, coexistent dans ce registre avec les obligations de rendre des comptes ou de motiver les décisions de justice mais aussi des actes non juridictionnels<sup>101</sup>.

Il faut voir dans l'expansion de cette forme de transparence l'influence de plusieurs facteurs, oscillant entre humanisme et pragmatisme. L'une des manifestations de « la promotion juridique contemporaine de la personne », que René Savatier constatait déjà en 1959<sup>102</sup>, réside dans la consécration de droits reconnus à la personne, dont fait partie le droit du patient à être informé, qui procède du respect de la dignité de la personne humaine<sup>103</sup> et dont la reconnaissance est venue rompre la tradition du paternalisme médical. La considération croissante pour la personne n'est pas non plus étrangère à la diffusion, du domaine des décisions de justice à certains actes non juridictionnels, de l'obligation de motivation qui permet à la personne de comprendre la décision la concernant. La considération croissante pour la

99. Contrats civils, commerciaux, de travail.

100. Qu'il s'agisse du procès civil ou du procès pénal.

101. En particulier en droit du travail.

102. R. Savatier, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui – Troisième série : approfondissement d'un droit renouvelé*, Dalloz, 1959, p. 5-29.

103. 1<sup>re</sup> Civ., 3 juin 2010, précité.

personne humaine s'est également traduite par l'émergence d'obligations positives conçues dans l'intérêt d'autrui, sous l'influence d'une morale contemporaine réprouvant une indifférence à l'autre qui offusquait moins le droit du XIX<sup>e</sup> et du début du XX<sup>e</sup> siècles. À cet égard, le droit pénal et le droit civil ont évolué à l'unisson. Nombreux sont les comportements teintés d'indifférence à autrui ou à la société qui, parce qu'ils consistaient en de simples abstentions, sont restés hors du champ pénal. La non-assistance à personne en danger, sans doute l'un des délits du code pénal qui aujourd'hui résonnent le plus familièrement aux oreilles du grand public, n'a été incriminée qu'en 1941. Le droit pénal contemporain ne répugne plus à l'incrimination de simples abstentions, comme le montre l'existence de nombreuses infractions de non-dénonciation. Encore celui qui dénonce des faits constitutifs d'infraction agit-il dans l'intérêt de la société et non pas, généralement, contre lui-même. La vertu est portée à un niveau plus exigeant lorsque le droit contraint une personne à révéler à autrui une information que son propre intérêt lui aurait dicté de garder par devers elle. Dans les relations contractuelles, l'incrimination de tromperie, issue de la loi du 1<sup>er</sup> février 1905 sur les fraudes, a permis de sanctionner les manœuvres positives mais aussi les réticences ayant pour objet de donner au contractant une présentation erronée de la réalité. L'asymétrie de l'information entre les contractants commençait ainsi à être corrigée. Le droit civil amplifia le mouvement, par la reconnaissance de nombreuses obligations d'information dans le contrat, dans laquelle Michel de Juglart décéla très tôt une « réaction contre l'individualisme excessif du XIX<sup>e</sup> siècle <sup>104</sup> ». Le contractant qui estimerait rigoureuse la règle l'obligeant à se dessaisir d'informations dans l'intérêt de l'autre partie trouvera un adoucissement à son sort dans une éventuelle réciprocité de l'obligation d'information, telle qu'elle peut s'observer entre vendeur et acquéreur, bailleur et preneur, employeur et salarié. De même le plaideur, tenu par le contradictoire à une certaine loyauté à l'égard de la partie adverse, doit aussi pouvoir compter sur l'information que lui communiquera celle-ci. Qu'on ne réduise pas, toutefois, le droit de savoir à un simple gage donné par le droit à une conception renouvelée de la morale contemporaine. Sous l'effet d'une analyse économique du droit, des considérations pragmatiques s'attachent aussi, pour une certaine part, à ces exigences de transparence, à telle enseigne que l'intérêt de la société dans son ensemble, au-delà de celui des personnes ayant bénéficié de l'information, est considéré comme s'en trouvant satisfait. Il est plus efficace de prévenir que de guérir, mieux vaut donc un contrat conclu par des parties éclairées qu'un contrat remis en cause pour vice du consentement tenant à un dol. De son côté, le contradictoire, par l'échange des informations qu'il implique entre les parties au procès, contribue à la manifestation de la vérité judiciaire, ce qui favorise l'acceptation de la décision par les parties et, au-delà, par la société.

À la montée en puissance de cette manifestation du droit de savoir, l'information imposée, la Cour de cassation a puissamment contribué par sa jurisprudence, comme le montre la diversité des contributions contenues dans la première partie de la présente étude. Sans doute emblématiques des obligations d'information prétoriennes sont celles qu'a introduites la jurisprudence civile dans le contrat, à partir des textes du code civil relatifs notamment aux vices du consentement. Mais le législateur est aussi à l'œuvre, multipliant les obligations

104. M. de Juglart, « L'obligation de renseignements dans les contrats », *in RTD civ.* 1945, p. 1.

d'information propres à certains secteurs. C'est ce qu'attestent le droit du travail ou le droit de la sécurité sociale, auxquels se rattachent, dans cette étude, de substantielles contributions relatives à ces obligations, mais tous les domaines sont, à des degrés divers, concernés<sup>105</sup>. L'articulation du droit spécial des obligations d'information avec les règles de droit commun donne lieu à un enchevêtrement qui peut se révéler d'une application délicate, comme le montre, dans ce rapport, l'incidence des lois spéciales sur l'obligation d'information en matière de vente d'immeuble. La cohérence du droit peut s'en trouver fragilisée, ce qui rend cruciale l'interprétation par la Cour de cassation des textes applicables.

Qu'elle soit l'œuvre de la loi ou celle de la jurisprudence, cette forme de transparence est guidée par une même logique, la sanction d'une rétention d'information<sup>106</sup>. Il est d'ailleurs frappant de constater la récurrence des références à la sanction qui, dans tous les domaines, celui du contrat comme du procès, de l'information entre particuliers à l'information institutionnelle, jalonnent les développements de la première partie de l'étude où elles font figure de véritable fil conducteur. Mais entre l'information et la sanction, un autre rapport existe, inversé par rapport à celui-ci. Dans certaines circonstances, le droit ne sanctionne pas une inertie dans la délivrance de l'information, mais, au contraire, la diffusion, la révélation d'une information. C'est ainsi faire échec au droit de savoir. Toutefois celui-ci sera restauré dans la mesure où l'information sera justifiée.

– **L'information justifiée** – L'autre logique du droit de savoir, au cœur de la seconde partie de l'étude de la Cour de cassation, est celle de la *justification* de l'information. Des obstacles au droit de savoir sont parfois posés par le droit, en particulier parce qu'il sanctionne la révélation de certaines informations. Des informations peuvent être illicites par nature, comme le sont des propos diffamatoires, constitutifs d'une infraction, laquelle consiste en l'imputation à une personne d'un fait déterminé portant atteinte à son honneur<sup>107</sup>. Plus souvent, la révélation d'une information est sanctionnée parce qu'elle est commise en méconnaissance de règles assurant le secret ou la confidentialité de celle-ci. Le droit de savoir est écarté dans la mesure de cette sanction. Mais que la révélation, la diffusion de l'information se trouve finalement justifiée, et le droit de savoir l'emportera. Il ne s'agit donc plus de surmonter une inertie mais de dépasser une interdiction. Dès lors, dans ce second aspect, le droit de savoir évoque le droit de prendre connaissance d'une information qui vient faire échec à un principe d'interdiction de l'accès à cette dernière. C'est donc un conflit entre intérêts contraires qu'il convient de résoudre.

105. Parmi les obligations d'information légales les plus récentes, citons celles que fait peser la loi du 12 mai 2010 sur l'opérateur de jeux ou de paris en ligne titulaire de l'agrément : loi n° 2010-476, du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, article 26, alinéa 2, et article 28.

106. Ou de la délivrance d'une information inexacte, et ce dans les cas où la loi ou la jurisprudence impose d'informer.

107. Loi du 29 juillet 1881, article 29, alinéa 1<sup>er</sup>.

La résolution des conflits emprunte des voies variées, mais dans tous les cas s'opère une pesée des intérêts contraires, dans une démarche que décrivait Gény comme consistant « à reconnaître les intérêts en présence, à évaluer leur force respective, à les peser, en quelque sorte, avec la balance de la justice, en vue d'assurer la prépondérance des plus importants, d'après un critérium social, et finalement d'établir entre eux l'équilibre éminemment désirable<sup>108</sup> ». C'est parfois à une autorité administrative indépendante qu'est confié ce rôle. Le secret de la défense nationale est entouré de murailles élevées qui laissent peu passer le jour et lorsqu'une juridiction française demande à un ministre la déclassification et la communication d'informations protégées par le secret de la défense nationale, la Commission consultative du secret de la défense nationale doit émettre un avis en fonction de divers critères posés par la loi<sup>109</sup>. La clé de résolution de certains conflits se trouve parfois directement dans les textes. Le législateur, faisant prévaloir l'intérêt du public à prendre connaissance des informations diffamatoires sur celui de la personne diffamée, a prévu la justification de la diffamation par l'exception de vérité<sup>110</sup>. Il s'agit d'un arbitrage très subtil entre la protection de la personne diffamée et la prise en compte de la liberté d'expression, puisque si ce fait justificatif est admis en principe, il connaît plusieurs exceptions, dont l'une d'entre elles – l'interdiction de prouver la vérité des faits diffamatoires « lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix ans » (loi du 29 juillet 1881, article 35, alinéa 3 b) – met d'ailleurs le droit français en porte-à-faux avec les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>111</sup>.

Bien souvent, toutefois, le législateur ne tranche pas lui-même les conflits qui ont pour enjeu le droit de savoir. En la matière, le rôle de la jurisprudence de la Cour de cassation est donc de première importance. En l'absence de précision de la loi sur la conciliation des intérêts en présence, il appartient au juge de procéder à l'appréciation de leur importance respective. La résistance que peuvent offrir les secrets aux aspirations à la transparence est très variable selon les intérêts protégés, intérêt particulier ou intérêt général. Il en résulte une jurisprudence minutieuse, qui épouse étroitement les circonstances propres à chaque espèce pour tailler sur mesure la solution la plus adaptée. C'est ce que montre par exemple la jurisprudence relative à la conciliation du secret des affaires avec la mise en œuvre d'une mesure d'instruction *in futurum* ou celle relative aux secrets professionnels qui peuvent s'incliner, dans des mesures variables, devant des intérêts contraires. La protection de la vie privée, par son caractère transversal qui la fait relever de la jurisprudence de plusieurs chambres de la Cour de cassation, est sans doute au plus haut point révélatrice de cette méthode de pesée des intérêts contraires. Loin d'être absolue, la protection de la vie privée est à géométrie variable, s'inclinant ou non devant le droit de savoir selon les circonstances

108. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>e</sup> éd., 1932, T. II, p. 167, n° 178.

109. L'avis prend en considération les missions du service public de la justice, le respect de la présomption d'innocence et les droits de la défense, le respect des engagements internationaux de la France ainsi que la nécessité de préserver les capacités de défense et la sécurité des personnels : article L. 2312-7 du code de la défense.

110. Loi du 29 juillet 1881, article 35.

111. Cf. l'arrêt de condamnation CEDH, 7 novembre 2006, *Mamère c. France*, requête n° 12697/03.



et les intérêts qui s'opposent à elle, dans les relations conjugales, entre salarié et employeur, entre débiteur et créancier, dans le procès pénal ou bien encore en matière de presse<sup>112</sup>.

Si la première partie de l'étude de la Cour de cassation montre la faveur croissante au droit de savoir par la multiplication des obligations d'information, la seconde partie, concernant l'information justifiée, confirme cette tendance par l'évolution de certaines solutions de la jurisprudence dans le sens du droit de savoir. Ainsi, les développements de cette partie relatifs aux secrets professionnels témoignent, au regard de la jurisprudence de la chambre criminelle, d'une évolution vers davantage de transparence, dans un sens favorable à l'intérêt général. C'est une même inspiration favorable au droit de savoir qui, sous l'influence de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, caractérise depuis quelques années déjà la jurisprudence en matière de liberté d'expression et d'information du public. Des critères sont forgés par la jurisprudence qui contribuent à l'essor du « droit du public à être informé<sup>113</sup> ». Dans la jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation, les droits de la personnalité que sont le droit au respect de la vie privée et le droit sur l'image – lequel doit sa consécration à la jurisprudence – doivent s'incliner devant la liberté d'expression lorsqu'il s'agit d'informer le public d'événements d'actualité ou de rendre compte de débats d'intérêt général. L'influence de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme se manifeste aussi, dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, en matière de diffamation : le fait justificatif prétorien de la bonne foi, favorable à la liberté d'expression, s'apprécie depuis peu en tenant compte notamment du caractère d'intérêt général du sujet traité.

– **Le droit de savoir, une transparence mesurée par le droit** – Le droit de savoir, qu'on l'envisage sous l'angle de l'information imposée ou de l'information justifiée, correspond à la reconnaissance, par la loi ou la jurisprudence, d'un intérêt légitime, un intérêt légitime à obtenir d'autrui une information ou à prendre connaissance d'une information. C'est à l'aune de cet intérêt légitime que le droit de savoir est déterminé dans sa juste mesure. Et, la boucle étant en quelque sorte bouclée, on revient ici à l'observation plus haut faite que le droit de savoir appelle un objet précis, qui peut être du fait ou du droit. Certes, la question de la connaissance du droit sous l'angle de l'information justifiée n'a pas lieu d'être. À la différence du fait, la règle de droit ne fait l'objet d'aucun secret, au contraire, les autorités de l'État doivent pourvoir à la diffusion de la règle de droit<sup>114</sup>. Mais, dans une approche réaliste des difficultés pratiques à accéder au droit, la présomption de connaissance de la

112. Typique de cette pesée des intérêts est la jurisprudence qui affirme que les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression revêtant, eu égard aux articles 8 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et 9 du code civil, une identique valeur normative, font devoir au juge de rechercher leur équilibre et le cas échéant de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime : 1<sup>re</sup> Civ., 9 juillet 2003, *Bull.* 2003, I, n° 172, pourvoi n° 00-20.289, et 1<sup>re</sup> Civ., 23 avril 2003, *Bull.* 2003, I, n° 98, pourvoi n° 01-01.851.

113. Pour cette expression, cf. par exemple 1<sup>re</sup> Civ., 15 mai 2007, *Bull.* 2007, I, n° 191, pourvoi n° 06-18.448.

114. Voir ainsi, en dernier lieu, les dispositions de la loi n° 2000-321, du 12 avril 2000 modifiée relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations qui prescrivent aux autorités administratives « d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent » et confèrent le caractère d'une mission de service public à la mise à disposition et à la diffusion des textes juridiques.

loi n'a pas empêché le développement d'obligations d'information, spécialement à la charge des professionnels, ayant pour objet le rappel de telle ou telle règle de droit.

Qu'il ait pour objet le droit ou le fait, le droit de savoir ne se conçoit que portant sur telle(s) ou telle(s) information(s). C'est parfois le législateur lui-même qui désigne précisément l'objet du droit de savoir, ainsi lorsqu'il pose des obligations d'information dont il expose précisément l'objet ou édicte des règles de formalisme informatif en énumérant les mentions requises. Souvent, néanmoins, la loi n'apporte pas de réponse précise et il appartient à la jurisprudence de déterminer l'objet du droit de savoir<sup>115</sup>. Ce faisant, le législateur comme le juge en précisent la mesure. La contrainte à l'œuvre dans la transparence qui révèle le droit de savoir ne se conçoit que dans une certaine mesure, celle de l'utilité ou de la pertinence de l'information. Ainsi une personne ne peut être contrainte à informer son contractant<sup>116</sup> que dans la mesure où l'information sera susceptible de déterminer son consentement. Mais pour donner sa pleine mesure au droit de savoir, il faut que toutes les informations utiles soient transmises<sup>117</sup>, en outre, et cette exigence présente une importance particulière en droit processuel, qu'elles soient transmises en temps utile. De même les développements de cette étude relatifs à la justification de l'information montrent que la contrainte à laquelle est soumis le titulaire d'un droit de contrôle sur des informations personnelles ou le dépositaire d'un secret de s'incliner devant le droit de savoir ne se justifie que dans la mesure où l'information convoitée est pertinente au regard de la finalité qu'elle doit servir (par exemple manifestation de la vérité judiciaire, exercice de ses droits par un créancier, information du public sur un événement d'actualité ou un débat d'intérêt général, etc.). Il s'agit, pour utiliser un autre terme, récurrent dans cette partie de l'étude, de proportionnalité, source d'équilibre, qui détermine la mesure dans laquelle le droit de savoir peut l'emporter sur le secret.

– **Savoir pour agir ou savoir pour savoir** – Le droit de savoir tel que le met en lumière l'étude de la Cour de cassation révèle donc une constellation de situations dont la cohérence tient à la reconnaissance, par le législateur ou le juge, de l'existence d'un intérêt légitime d'une ou de plusieurs personnes déterminées ou d'un public indéterminé à être informé de tel(s) ou tel(s) point(s). Mais, somme toute, à quelles fins ? Il faut, pour clore cet avant-propos, revenir à la distinction initialement posée que fait la philosophie entre le savoir pratique, celui qui permet d'agir, et le savoir théorique, qui trouve sa fin en lui-même. La plupart des occurrences du savoir en droit, comme le montre le droit de savoir dans la jurisprudence de la Cour de cassation, correspondent à un savoir pratique, celui qui, en permettant

115. Ainsi dans le contentieux de la presse, c'est au regard de telle ou telle information que la Cour de cassation apprécie si, en l'espèce, le public avait un intérêt légitime à la connaître : cf. par exemple 1<sup>re</sup> Civ., 15 mai 2007, *Bull.* 2007, I, n° 191, pourvoi n° 06-18.448 qui affirme que « si le salaire de celui qui n'est pas une personne publique et ne jouit d'aucune notoriété particulière ressortit à sa vie privée, sa publication nominative, au sein d'une liste des gains comparés que reproduit un article de presse consacré aux difficultés financières notoires de l'entreprise, dans le contexte de la polémique ainsi suscitée et relayée par les médias, participe de l'actualité économique et sociale des faits collectifs dans lesquels elle s'insère, et du droit du public à être informé *sur ceux-ci* » (c'est nous qui soulignons).

116. Qui doit faire preuve d'une ignorance légitime.

117. Les développements dans la première partie de l'étude sur l'obligation d'information en matière d'assurance montre que la détermination de ces informations peut être parfois délicate.

à la personne de se faire une exacte représentation de la réalité, lui permet d'agir de façon efficace, avisée, rationnelle. Aussi, bien souvent, l'idée du droit de savoir apparaît-elle en filigrane ou comme le corollaire de prérogatives dont il s'agit d'assurer l'effectivité, la mise en œuvre. L'exercice des droits de la défense suppose une information entre les parties ainsi qu'entre le juge et elles. L'époux trompé qui entend obtenir le divorce doit pouvoir rapporter la preuve de l'infidélité de son conjoint et, à cette fin, s'immiscer dans sa vie privée pour faire procéder à un constat d'adultère, comme le créancier qui entend faire valoir ses droits doit pouvoir être informé de l'adresse de son débiteur. De même le contrôle de la gestion et des comptes sociaux exercé par les associés ou actionnaires suppose qu'ils soient en possession d'un certain nombre d'informations. Dans cette logique, la nécessité du consentement fait naître le droit de savoir. L'on songe, bien sûr, aux obligations d'information dans les contrats, mais il faut aussi porter attention à l'information médicale, objet de l'importante évolution de jurisprudence plus haut signalée. Faisant du droit à l'information médicale un droit découlant de la loi, et opérant par rapprochement avec les droits de la personnalité, la première chambre civile de la Cour de cassation, depuis un arrêt du 3 juin 2010<sup>118</sup>, détache la sanction de l'obligation d'information médicale de la perte de chance. « Toute personne, affirme l'arrêt, a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir. »

Dès lors même si, dûment informé, le patient n'eût sans doute pas renoncé à l'acte pour cause d'absence d'alternative, le non-respect du devoir d'information découlant du droit à être informé cause à celui auquel l'information est légalement due, un préjudice, qu'en vertu de l'article 1382 du code civil, le juge ne peut laisser sans réparation<sup>119</sup>. L'absence d'information constitue en soi un préjudice moral. Inversement son obtention est source de satisfaction morale, indépendamment de son éventuelle utilité pratique, en ce que sa délivrance atteste le respect de la dignité de la personne et du principe du consentement aux atteintes à l'intégrité corporelle.

Dans une accentuation de sa dimension théorique, le droit de savoir s'émancipe de tout lien avec une action tangible dont il serait la condition préalable. À la finalité pratique, utilitaire de l'information, se substitue la valeur morale, intellectuelle du fait de savoir, qui trouve sa finalité en lui-même. L'ouverture des archives publiques par la loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 rend grâce à cette conception du savoir – celui qui consulte les archives ne poursuit pas nécessairement un but pratique –, de même que le droit à l'information du public participe de cette conception du savoir qui vaut pour lui-même, permettant d'assouvir une curiosité légitime. Dans un registre moins intellectuel, faisant davantage écho à des aspirations intimes, le droit de connaître ses origines que proclame la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant ajoute à cette palette du savoir qui vaut *per se*.

La philosophie nous enseigne que la fin de ce savoir non spécifiquement destiné à une utilisation pratique « réside dans le sentiment qu'a le sujet de connaître son monde, de

118. 1<sup>re</sup> Civ., 3 juin 2010, *Bull.* 2010, I, n° 128, pourvoi n° 09-13.591.

119. 1<sup>re</sup> Civ., 3 juin 2010, précité.

## TROISIÈME PARTIE : ÉTUDE

comprendre ce qui est, de se comprendre et de se situer par rapport à ce qui est, sentiment qui s'exprime par la joie de connaître<sup>120</sup> ». Mais, rendant lucide, la connaissance peut apporter son lot de douleurs et il est parfois opportun de laisser autrui dans le cocon de l'ignorance. Le code de la santé publique impose aux médecins de respecter « la volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic<sup>121</sup> ». Le droit ne peut toutefois laisser cette ignorance protectrice dégénérer en égoïsme, aussi ne doit-il pas être tenu compte de cette volonté « lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission<sup>122</sup> ». Savoir doit rendre responsable.

Il est certain qu'une société dans laquelle le niveau de l'information ne cesse de monter a pour corollaire le rehaussement des responsabilités. Elle attend toujours plus de celui qui sait et reproche parfois à l'ignorant de ne pas savoir. Cernés par ces flots d'information, certains peuvent craindre de ne plus avoir pied et font peut-être le songe, un peu nostalgique, du droit de ne pas savoir.

Le 10 janvier 2011

---

120. Jacques Schlanger, *op. cit.*, p. 45.

121. Article L. 1111-2, alinéa 4, du code de la santé publique.

122. Article L. 1111-2, alinéa 4, du code de la santé publique.



# **LE DROIT DE SAVOIR**

## LE DROIT DE SAVOIR

### Sommaire

<b>1. L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR : LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION.....</b>	<b>99</b>
1.1. L'OBLIGATION D'INFORMATION.....	99
1.1.1. Obligation d'information et contrat.....	99
1.1.1.1. Contrats civils et commerciaux.....	100
1.1.1.1.1. Obligation d'information en matière de bail.....	100
1.1.1.1.1.1. <i>Droit de savoir et exécution des relations contractuelles</i> .....	101
1.1.1.1.1.1.1. Droit de savoir du preneur.....	101
1.1.1.1.1.1.2. Droit de savoir du bailleur.....	102
1.1.1.1.1.2. <i>Droit de savoir et cessation des relations contractuelles</i> .....	104
1.1.1.1.2. Obligation d'information et vente immobilière.....	107
1.1.1.1.2.1. <i>Le droit commun de l'obligation d'information</i> .....	109
1.1.1.1.2.1.1. Une obligation autonome.....	109
1.1.1.1.2.1.2. Une obligation limitée.....	111
1.1.1.1.2.2. <i>L'incidence du droit spécial</i> .....	114
1.1.1.1.2.2.1. Les conditions d'existence de l'obligation.....	114
1.1.1.1.2.2.2. La sanction de la violation de l'obligation d'information.....	117
1.1.1.1.3. Obligation d'information et assurance.....	119
1.1.1.1.3.1. <i>Le « droit de savoir » de l'assuré en matière de prescription</i> .....	120
1.1.1.1.3.2. <i>Le « droit de savoir » de l'assureur</i> .....	121
1.1.1.1.3.2.1. À la souscription du contrat : questionnaire ou initiative de l'assuré?.....	122
1.1.1.1.3.2.2. En cours de contrat, en cas de circonstances nouvelles.....	126
1.1.1.1.4. Obligation d'information en matière de produits financiers : le droit de savoir en matière d'investissement soumis à un aléa boursier.....	126
1.1.1.1.4.1. <i>Le droit de savoir de l'investisseur en cas d'investissement spéculatif</i> .....	128
1.1.1.1.4.2. <i>Le droit de savoir de l'investisseur en cas d'investissement non spéculatif</i> ...	130
1.1.1.1.5. Obligation d'information et droit de la consommation (tromperie et pratique commerciale trompeuse).....	132
1.1.1.1.5.1. <i>La tromperie</i> .....	134
1.1.1.1.5.2. <i>La publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur, devenue pratique commerciale trompeuse</i> .....	137
1.1.1.2. Contrat de travail.....	140
1.1.1.2.1. Le droit de savoir lors de la formation du contrat de travail.....	140
1.1.1.2.1.1. <i>Une obligation qui pèse sur les deux parties au contrat</i> .....	140
1.1.1.2.1.2. <i>L'importance de l'écrit</i> .....	141
1.1.1.2.1.3. <i>Le droit de connaître les éléments essentiels du contrat de travail</i> .....	143
1.1.1.2.1.3.1. Droit de savoir et convention collective.....	143
1.1.1.2.1.3.2. Droit de savoir et clauses particulières.....	145
1.1.1.2.2. Le droit de savoir lors de l'exécution du contrat de travail.....	145
1.1.1.2.2.1. <i>Le droit pour le salarié de connaître les évolutions de ses conditions de travail</i> .....	145
1.1.1.2.2.1.1. Le droit de connaître les évolutions du statut collectif.....	145
1.1.1.2.2.1.2. Le droit de connaître les évolutions de sa rémunération.....	146
1.1.1.2.2.1.3. Le droit de connaître l'évolution de ses horaires.....	147
1.1.1.2.2.1.4. Le droit de connaître l'évolution de sa durée de travail.....	147
1.1.1.2.2.1.5. Le droit de connaître les évolutions de son lieu de travail.....	148
1.1.1.2.2.1.6. Le droit de connaître le changement d'employeur.....	148
1.1.1.2.2.2. <i>Le droit pour le salarié de connaître la vie de l'entreprise : les informations diffusées par voie d'affichage</i> .....	149
1.1.1.2.2.3. <i>Le droit pour l'employeur de connaître certains éléments de la vie du salarié influant sur le contrat de travail</i> .....	149
1.1.1.2.2.3.1. La maternité de la salariée.....	149

1.1.1.2.2.3.2. Les absences liées à l'état de santé .....	150
1.1.1.2.2.3.3. La question de l'existence d'un droit de l'employeur à être informé des mandats extérieurs exercés par le salarié .....	152
1.1.1.2.2.4. <i>Santé, hygiène, sécurité : un droit de savoir impératif et réciproque</i> .....	153
1.1.1.2.2.4.1. La prévention des risques par l'information .....	154
1.1.1.2.2.4.2. Du droit de savoir relativement à l'état de santé du salarié .....	156
1.1.1.2.3. Le droit de savoir lors de la rupture du contrat de travail .....	161
1.1.2. Obligation d'information médicale .....	163
1.1.3. Obligation d'information et droit processuel .....	169
1.1.3.1. Obligation d'information et procès .....	169
1.1.3.1.1. Le procès civil .....	169
1.1.3.1.1.1. <i>Règles générales de procédure (règles de droit commun)</i> .....	169
1.1.3.1.1.1.1. L'information entre parties au procès civil .....	169
1.1.3.1.1.1.2. Les magistrats au procès civil et l'information des parties .....	174
1.1.3.1.1.2. <i>Règles spécifiques de procédure</i> .....	175
1.1.3.1.1.2.1. Les particularités de l'information processuelle en droit du travail .....	175
1.1.3.1.1.2.2. Règles de procédure propres au contentieux de la sécurité sociale .....	177
1.1.3.1.2. Le procès pénal .....	178
1.1.3.1.2.1. <i>L'information sur la nature et la cause de l'accusation</i> .....	180
1.1.3.1.2.1.1. Fondements conventionnels et légaux .....	180
1.1.3.1.2.1.2. La précision de l'acte de saisine de la juridiction .....	181
1.1.3.1.2.1.3. L'information postérieure à la saisine de la juridiction .....	183
1.1.3.1.2.2. <i>Le droit d'être informé sur les éléments de preuve recueillis</i> .....	184
1.1.3.1.2.2.1. L'accès au dossier au stade de l'enquête .....	185
1.1.3.1.2.2.2. L'accès au dossier au stade de l'instruction .....	185
1.1.3.1.2.2.3. L'accès au dossier devant la juridiction de jugement .....	187
1.1.3.1.2.3. <i>L'information sur l'argumentation des autres parties et du ministère public</i> .....	188
1.1.3.1.2.4. <i>L'information sur les moyens de droit qu'entend soulever le juge</i> .....	189
1.1.3.2. La diffusion du modèle du contradictoire .....	190
1.1.3.2.1. La diffusion du modèle du contradictoire en droit des sociétés .....	191
1.1.3.2.1.1. <i>En matière de révocation</i> .....	191
1.1.3.2.1.2. <i>En matière d'exclusion</i> .....	193
1.1.3.2.2. La procédure entre les organismes de sécurité sociale et leurs usagers .....	195
1.1.3.2.2.1. <i>La procédure d'instruction des demandes de prise en charge des accidents du travail et maladies professionnelles</i> .....	195
1.1.3.2.2.1.1. Fondements de l'obligation d'information .....	195
1.1.3.2.2.1.2. Évolution de la jurisprudence relative à l'obligation d'information de l'employeur .....	197
1.1.3.2.2.2. <i>Le contrôle et le redressement des cotisations et contributions sociales</i> .....	203
1.1.3.2.2.3. Le recouvrement des indus (assurés et allocataires – professionnels et établissements de santé) .....	205
1.1.3.2.3. Contradictoire, information et vie privée : la jurisprudence Okaidi en droit social .....	206
1.1.4. Obligation d'information institutionnelle .....	207
1.1.4.1. L'obligation d'information institutionnelle en droit du travail .....	207
1.1.4.1.1. Le droit de savoir pour assurer la santé et la sécurité des travailleurs : la circulation de l'information entre salariés et représentants du personnel .....	207
1.1.4.1.1.1. <i>Le droit d'alerte</i> .....	207
1.1.4.1.1.1.1. Droit d'alerte du représentant du personnel au CHSCT en cas de danger grave et imminent .....	207
1.1.4.1.1.1.2. Droit d'alerte des délégués du personnel pour atteinte à la santé physique et mentale des personnes .....	208
1.1.4.1.1.2. <i>Droit à l'information du CHSCT en cas de projet important : le recours à l'expertise</i> .....	208
1.1.4.1.2. Le droit de savoir pour garantir un exercice effectif des droits et libertés des salariés .....	209
1.1.4.1.2.1. <i>L'information en vue des élections</i> .....	209
1.1.4.1.2.2. <i>L'information en vue du libre exercice du droit syndical dans l'entreprise</i> ..	210

## TROISIÈME PARTIE : ÉTUDE

1.1.4.2. L'obligation d'information institutionnelle en droit de la sécurité sociale .....	210
1.1.4.2.1. L'information individuelle .....	211
1.1.4.2.2. L'information générale (ou institutionnelle).....	212
1.1.4.2.3. La sanction de l'obligation d'information .....	212
1.2. L'OBLIGATION DE SE JUSTIFIER OU D'EXPLIQUER.....	212
1.2.1. L'obligation de rendre des comptes.....	212
1.2.1.1. L'obligation de rendre compte <i>stricto sensu</i> : l'obligation pour le comité d'entreprise sortant de rendre compte à son successeur .....	213
1.2.1.2. L'obligation de fournir des informations permettant l'exercice d'un contrôle ...	213
1.2.1.2.1. L'obligation d'information des associés.....	214
1.2.1.2.1.1. L'interprétation des textes récents .....	214
1.2.1.2.1.2. Les sanctions du défaut d'information .....	216
1.2.1.2.2. Le droit de savoir des représentants des salariés pour contrôler les décisions .....	217
1.2.1.2.2.1. Le droit des représentants du personnel à l'information sur la situation de l'entreprise .....	218
1.2.1.2.2.2. L'information en vue de la consultation du comité d'entreprise .....	219
1.2.1.2.2.3. L'information en vue de la négociation collective.....	221
1.2.1.2.2.4. L'information en vue de la négociation préélectorale .....	221
1.2.1.2.2.5. L'information sur l'administration et le fonctionnement du comité d'entreprise.....	222
1.2.2. L'obligation de motivation .....	222
1.2.2.1. La motivation des décisions de justice .....	223
1.2.2.1.1. La motivation dans le procès civil .....	223
1.2.2.1.2. La motivation dans le procès pénal .....	227
1.2.2.1.2.1. Règles générales .....	227
1.2.2.1.2.1.1. La motivation générale .....	229
1.2.2.1.2.1.2. La motivation spéciale.....	230
1.2.2.1.2.2. Le cas des arrêts de cours d'assises .....	232
1.2.2.2. La motivation non juridictionnelle .....	235
1.2.2.2.1. La motivation en droit du travail .....	235
1.2.2.2.1.1. La motivation du licenciement .....	235
1.2.2.2.1.2. La motivation de la sanction disciplinaire.....	237
1.2.2.2.2. La motivation des décisions des organismes de sécurité sociale .....	238
<b>2. L'INFORMATION JUSTIFIÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR : LE DROIT DE PRENDRE CONNAISSANCE D'UNE INFORMATION.....</b>	<b>239</b>
2.1. LE DROIT DE SAVOIR RECONNU DANS L'INTÉRÊT D'UN PARTICULIER OU D'UNE AUTORITÉ .....	239
2.1.1. Le droit de savoir face à un droit de contrôle sur des informations confidentielles.	239
2.1.1.1. Le droit de savoir et la confidentialité du fonctionnement d'une entreprise ....	240
2.1.1.1.1. Secret des affaires et concurrence .....	240
2.1.1.1.1.1. Le droit des pratiques anticoncurrentielles.....	240
2.1.1.1.1.2. L'article 145 du code de procédure civile.....	243
2.1.1.1.2. Confidentialité des informations de l'entreprise et droit de savoir des représentants du personnel .....	244
2.1.1.1.2.1. La confidentialité des informations remises au comité d'entreprise ou aux experts du comité .....	244
2.1.1.1.2.2. La confidentialité des informations internes de l'entreprise et les droits des salariés .....	245
2.1.1.2. Le droit de savoir et le droit au respect de la vie privée .....	245
2.1.1.2.1. Le droit de prendre connaissance de la vie privée d'autrui dans un intérêt privé.....	245
2.1.1.2.1.1. Le droit de savoir du créancier et le droit au respect de la vie privée du débiteur.....	245
2.1.1.2.1.2. Le droit de savoir de l'employeur et le droit au respect de la vie privée du salarié .....	248
2.1.1.2.1.3. Le droit au respect de la vie privée et le lien conjugal .....	250



2.1.1.2.2. Le droit de prendre connaissance de la vie privée d'autrui dans l'intérêt général.....	253
2.1.2. Le droit de savoir face aux secrets opposés par leur dépositaire : le droit de savoir et les secrets professionnels.....	256
2.1.2.1. Des secrets professionnels en général (le droit de savoir et les secrets professionnels dans la jurisprudence de la chambre criminelle).....	257
2.1.2.2. De quelques secrets professionnels en particulier .....	260
2.1.2.2.1. Le secret bancaire.....	260
2.1.2.2.2. Le secret médical, l'assuré et l'assureur .....	262
2.2. LE DROIT DE SAVOIR DU PUBLIC.....	263
2.2.1. Droits de la personnalité et droit de savoir du public .....	264
2.2.1.1. La mise en échec du droit de savoir du public par les droits de la personnalité. ....	265
2.2.1.1.1. Le droit au respect de la vie privée et le droit sur l'image.....	266
2.2.1.1.2. Le principe commun : pas de révélation sur la vie privée ou de publication de l'image de la personne sans le consentement de la personne concernée.....	270
2.2.1.2. La primauté du droit de savoir du public sur les droits de la personnalité .....	273
2.2.1.2.1. Le droit de savoir du public primant le droit au respect de la vie privée....	273
2.2.1.2.2. Le droit de savoir du public primant le droit sur l'image.....	277
2.2.2. Infractions de presse et droit de savoir du public.....	281
2.2.2.1. Les infractions de presse, limites à la liberté d'expression.....	281
2.2.2.2. Les faits justificatifs de la diffamation, reconnaissance d'un droit de savoir .....	282
2.2.2.2.1. L'exception de vérité (article 35 de la loi du 29 juillet 1881).....	282
2.2.2.2.2. La bonne foi .....	282
2.2.3. Liberté d'expression salariale et syndicale et droit de savoir du public.....	289
2.2.3.1. Liberté d'expression du salarié en dehors de l'entreprise.....	290
2.2.3.2. Liberté d'expression syndicale en dehors de l'entreprise .....	290



# 1. L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR : LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

Le droit de savoir au cœur de cette première partie évoque *l'information imposée*, à la différence de *l'information justifiée* qui constitue l'autre aspect du droit de savoir, objet de la seconde partie de cette étude. L'information imposée par le droit de savoir révèle celui-ci comme le droit d'obtenir d'autrui une information. Une personne, une autorité, une institution, détient une information utile à autrui, mais qu'elle est seule à connaître, ou est la mieux placée pour la connaître ou, du moins, pour l'obtenir. Par l'expression droit de savoir<sup>1</sup> sont alors désignés les cas dans lesquels une personne, légitimement ignorante d'une information et ayant de celle-ci un besoin légitime, peut obtenir d'autrui, qui connaît l'information ou, dans certains cas, est censé la connaître, qu'il la lui révèle. Le droit de savoir apparaît ainsi en filigrane des très nombreuses obligations d'information que connaît notre droit positif (1.1.). Mais c'est du même esprit que s'inspire l'obligation de se justifier ou d'expliquer (1.2.).

## 1.1. L'OBLIGATION D'INFORMATION

S'il est bien un signe éminent des exigences croissantes de transparence en droit positif, c'est celui qu'envoie la multiplication des obligations d'information, dans les domaines les plus divers. Œuvre conjointe de la loi et de la jurisprudence, le développement de ces obligations prend appui aussi bien sur des dispositions de droit commun à partir desquelles l'interprétation de la jurisprudence a révélé des obligations d'information, que sur des textes spéciaux, auxquels peu de domaines échappent. Ainsi, il peut être pris acte de l'expansion des obligations d'information dans le domaine du contrat (1.1.1.), en matière médicale (1.1.2.) ou processuelle (1.1.3.), ou bien encore dans un contexte institutionnel (1.1.4.).

### 1.1.1. Obligation d'information et contrat

La rencontre des obligations d'information avec le contrat est des plus fructueuses. Elle ouvre sur des pans immenses du droit positif, tant sont nombreuses – pour ne pas dire innombrables – aujourd'hui les obligations d'information introduites dans le domaine du contrat par l'effet de la loi ou de la jurisprudence. Cette conquête du contrat par les obligations d'information s'observe aussi bien dans les contrats civils et commerciaux (1.1.1.1.) que dans le contrat de travail (1.1.1.2.).

1. Sur ce qu'évoque le droit de savoir, c'est-à-dire la reconnaissance par le législateur ou par le juge d'un intérêt légitime à être informé, cf. *supra* l'avant-propos, p. 65.

### 1.1.1.1. Contrats civils et commerciaux

Il ne peut être question de se livrer ici à une étude exhaustive de la prolifération des obligations d'information dans les contrats civils et commerciaux. L'objet des développements qui suivent est de mettre en évidence, à partir de l'observation de certains contrats, les tendances significatives du droit positif en matière d'obligations d'information, que révèle notamment le rôle de la jurisprudence. Celle-ci contribue à la reconnaissance des obligations d'information par son interprétation de textes de droit commun, par exemple en matière de vices du consentement, mais il lui appartient aussi, en veillant à la cohérence du droit, d'appliquer les lois spéciales, toujours plus nombreuses, qui introduisent des obligations d'information dans tel ou tel contrat. L'observation de l'obligation d'information relative à quatre contrats, représentatifs de la richesse voire de la complexité du droit positif en ce domaine, permettra de faire apparaître la diversité de ces obligations, notamment au regard de leurs sources, mais encore sous l'angle des sanctions qui s'attachent à leur inexécution. Ainsi sera étudiée l'obligation d'information dans le bail (1.1.1.1.1.), dans la vente d'immeuble (1.1.1.1.2.), en matière d'assurance (1.1.1.1.3.), enfin en matière de produits financiers (1.1.1.1.4.). Mais le droit pénal a aussi son mot à dire, spécialement lorsqu'il croise le droit de la consommation, comme le montre en particulier l'incrimination de tromperie (1.1.1.1.5.).

#### 1.1.1.1.1. Obligation d'information en matière de bail

À la lecture des textes du code civil sur le louage de choses, il n'apparaît pas de manière évidente que le droit de savoir ou l'obligation d'information fasse partie des prérogatives ou contraintes découlant pour les parties du contrat de bail : aux obligations de délivrance de l'objet du bail, d'entretien de la chose louée et de jouissance paisible pesant sur le bailleur, répondent celles de paiement du loyer et d'usage de la chose « en bon père de famille » incombant au locataire, mais ces dispositions ne comportent aucune règle imposant aux cocontractants de se communiquer réciproquement un certain nombre de renseignements.

Pourtant, le droit de savoir existe en filigrane dans les principes fondamentaux du droit des contrats et doit naturellement s'appliquer au louage de chose : dès lors notamment qu'il est admis que la garantie de l'intégrité du consentement peut être invoquée en matière de bail (Com., 24 novembre 1992, *Bull.* 1992, IV, n° 368, pourvoi n° 91-11.561), c'est nécessairement pour sanctionner le manquement de l'une des parties (généralement le bailleur) à l'obligation pesant sur elle de communiquer à l'autre une information susceptible de déterminer son consentement. Ainsi, le défaut d'information du bailleur sur l'état réel du bien offert par correspondance à une location saisonnière peut caractériser des manœuvres dolosives justifiant le remboursement au locataire du prix de la location et la condamnation du bailleur au paiement de dommages-intérêts (3<sup>e</sup> Civ., 23 avril 1971, *Bull.* 1971, III, n° 258, pourvoi n° 70-10.209).

Encore faut-il que le débiteur de l'obligation d'information ait eu connaissance des faits dont la dissimulation est reprochée par l'autre partie (3<sup>e</sup> Civ., 3 mars 2009, pourvoi n° 08-11.384) : le droit revendiqué par celle-ci ne peut, en effet, être sanctionné au titre de l'article 1116 du code civil sans intention dolosive du débiteur, ce principe, constant en jurisprudence (1<sup>re</sup> Civ., 13 février 1996, *Bull.* 1996, I, n° 78, pourvoi n° 94-10.908; Com., 28 juin 2005, *Bull.* 2005, IV, n° 140, pourvoi n° 03-16.794), fixant les limites de la garantie

## L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR : LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

offerte, sur ce fondement, au titulaire de l'éventuel « droit de savoir », car il n'y a pas, au titre du dol, de sanction possible du droit de savoir sans appréciation subjective du comportement du débiteur.

La garantie des vices cachés peut aussi être invoquée, pour réparer les conséquences d'un manquement de l'un des cocontractants à ses obligations : par exemple, le bailleur, informé avant même la signature du bail de la présence d'amiante dans les locaux, doit, s'il s'est abstenu d'en faire part au locataire, réparer les conséquences du trouble causé à celui-ci du fait des travaux de désamiantage (3<sup>e</sup> Civ., 2 juillet 2003, *Bull.* 2003, III, n° 138, pourvoi n° 02-14.642).

L'article 1721 du code civil, qui consacre cette garantie à la charge du bailleur, va même au-delà de ce que prévoient les textes relatifs à la protection du consentement puisqu'il précise que la garantie des vices cachés est due, « quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail ». Le manquement fait ainsi l'objet d'une appréciation purement objective et n'autorise l'exonération du débiteur que sur la preuve, qui lui incombe, d'un cas de force majeure (3<sup>e</sup> Civ., 26 octobre 1977, *Bull.* 1977, III, n° 357, pourvoi n° 76-10.994).

Mais indépendamment de ces règles générales du droit des contrats, ce sont essentiellement les dispositions propres à chaque type de bail qui ont permis l'émergence d'un véritable « droit de savoir », ayant pour corollaire une obligation d'information, droit et obligation qui s'imposent aussi bien pendant la phase d'exécution des relations contractuelles (1.1.1.1.1.) qu'au moment où leur cessation est envisagée (1.1.1.1.2.).

### 1.1.1.1.1. Droit de savoir et exécution des relations contractuelles

L'objet de cette présentation n'est pas de procéder à une étude exhaustive sur le sujet du droit de savoir appliqué au contrat de bail mais d'en illustrer l'application, en constatant que ce droit, qui existe principalement au profit du preneur (1.1.1.1.1.1.) mais aussi parfois au bénéfice du bailleur (1.1.1.1.1.2.), impose au débiteur une obligation d'information et/ou de motivation des actes accomplis nécessaire à la bonne exécution du contrat. L'exercice de cette prérogative comporte néanmoins certaines limites, destinées à concilier l'exigence de transparence avec d'autres intérêts ou prérogatives également protégés par la loi.

#### 1.1.1.1.1.1. Droit de savoir du preneur

L'obligation première du bailleur étant celle de délivrer la chose louée (article 1719 1<sup>o</sup> du code civil), l'article 3 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation prévoit l'établissement du contrat de location par un écrit comportant un certain nombre de mentions indispensables à la bonne information du locataire, notamment : le nom et l'adresse du bailleur, la désignation précise de la chose louée avec sa consistance et sa destination, la surface habitable, le montant du loyer et ses modalités de paiement ainsi que ses règles de révision éventuelle, la date d'effet et la durée du bail.

Les articles 3-1 et 3-2 de la même loi imposent au bailleur d'adjoindre au bail un certain nombre de documents destinés à améliorer l'information du locataire sur ce qu'il prend à bail, en particulier un dossier de diagnostic technique sur la performance énergétique du bâtiment et sur le risque d'exposition au plomb.

Il convient néanmoins d'observer que, si l'article 3 de la loi du 6 juillet 1989, comme en matière de bail à ferme l'article L. 411-4 du code rural, prévoit que le contrat de bail doit être passé par écrit, cela n'affecte pas en principe la validité d'un bail purement verbal. L'article L. 411-4 susvisé l'indique expressément, pour préciser que le bail rural est alors soumis aux conditions d'un contrat type établi par la commission consultative des baux ruraux. Quant au bail de locaux à usage d'habitation, le cocontractant qui le souhaite peut exiger l'établissement d'un bail écrit et, en cas de refus de l'autre partie, le faire établir judiciairement (3<sup>e</sup> Civ., 29 novembre 2000, *Bull.* 2000, III, n<sup>o</sup> 179, pourvoi n<sup>o</sup> 98-12.442). De telles dispositions apparaissent indispensables pour assurer, au-delà de la bonne exécution de l'obligation d'information, la détermination précise des droits et devoirs des parties.

Si le bailleur est ainsi tenu de fournir un certain nombre de renseignements au locataire, il a lui-même le droit de recevoir certaines informations.

#### 1.1.1.1.1.2. Droit de savoir du bailleur

La bonne exécution des droits et obligations du bail suppose que la transparence exigée du bailleur s'applique aussi au locataire. Il en résulte que le bailleur a le droit de recevoir certaines informations relatives, soit à la situation personnelle du locataire (1.1.1.1.1.2.1.), soit aux conditions dans lesquelles celui-ci fait usage des biens loués (1.1.1.1.1.2.2.).

##### 1.1.1.1.1.2.1. La situation personnelle du locataire

En matière de bail d'habitation, le bailleur a le droit de connaître la situation matrimoniale du locataire. Certes, l'article 9-1 de la loi du 6 juillet 1989 ne prévoit pas directement et explicitement l'obligation pour le locataire de porter à la connaissance du bailleur l'existence de son conjoint. Mais cette obligation découle du fait qu'une telle information est requise par le texte comme condition de l'inopposabilité d'un congé qui serait délivré par le bailleur à un seul des deux conjoints ou partenaires. La Cour de cassation en a déduit qu'en réalité, au-delà de sa formulation ambiguë, le texte susvisé « fait peser sur le locataire une obligation d'information de son lien matrimonial impliquant une démarche positive de sa part envers son bailleur » (3<sup>e</sup> Civ., 19 octobre 2005, *Bull.* 2005, III, n<sup>o</sup> 198, pourvoi n<sup>o</sup> 04-17.039).

Le bailleur a-t-il le droit de connaître les revenus ou ressources du locataire ? Une réponse positive s'impose pour les locations HLM, soumises précisément à certaines conditions de ressources (articles L. 441 et s. du code de la construction et de l'habitation). Une même réponse positive semble désormais s'imposer, pour les locations relevant du droit commun. Il convient d'abord de rappeler que tout bailleur est en droit de se ménager certaines garanties contre l'insolvabilité éventuelle du locataire, en exigeant notamment de celui-ci un dépôt de garantie ou la fourniture d'un cautionnement. Mais il est aussi courant qu'en pratique les bailleurs subordonnent la conclusion du bail à la production par le candidat à la location de pièces justificatives de sa situation financière. Cette pratique est-elle légale ? L'un des objectifs de la loi n<sup>o</sup> 2002-73 de modernisation sociale du 17 janvier 2002 (article 22-2 de la loi du 6 juillet 1989) a été de protéger la vie privée du candidat à la location et de le prémunir contre des appréciations discriminatoires, en limitant le type d'informations susceptibles d'être exigées par les propriétaires de logements mis sur le marché de la location. Dans cette perspective, et pour concilier cet objectif avec la possibilité pour le bailleur de

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

vérifier la solvabilité du candidat à la location, jugée légitime, l'article 22-2 susvisé énumère, dans des conditions qui paraissent limitatives, la liste de documents que le bailleur ne peut demander. Par exemple, le locataire ne peut être contraint de fournir une « attestation de bonne tenue de compte bancaire ou postal », ni une copie de relevé de compte. Il n'a pas non plus à remettre au bailleur une attestation de l'employeur, mais le même texte précise qu'il en va ainsi « dès lors qu'il peut être fourni le contrat de travail et les derniers bulletins de salaire ». Le texte semble ainsi valider la pratique évoquée, de même qu'il n'exclut pas expressément le droit pour le bailleur de demander la production d'un avis d'imposition.

La question de la protection de la vie privée du locataire se pose également pour l'usage fait par celui-ci des biens pris à bail.

*1.1.1.1.1.2. L'usage des biens loués*

Dans le domaine des baux d'habitation comme dans celui des baux commerciaux, le bailleur a le droit de savoir si le locataire est assuré contre les risques locatifs (en matière de bail d'habitation : article 7 g de la loi du 6 juillet 1989), la sanction attachée à cette obligation pesant sur le preneur pouvant aller jusqu'à la résiliation du contrat, à condition que l'infraction soit caractérisée (pour le bail d'habitation : 3<sup>e</sup> Civ., 4 avril 1990, pourvoi n° 88-14.689; pour le bail commercial : 3<sup>e</sup> Civ., 13 avril 1988, *Bull.* 1988, III, n° 68, pourvoi n° 87-10.516).

Le respect de la consistance et de la destination des lieux étant une obligation essentielle pesant sur le locataire, le bailleur a corrélativement le droit d'être informé de toute transformation envisagée et peut s'y opposer (article 7 f de la loi du 6 juillet 1989). Des travaux de transformation non autorisés peuvent justifier la résiliation du bail au torts du locataire (bail d'habitation : 3<sup>e</sup> Civ., 31 octobre 2006, *Bull.* 2006, III, n° 213, pourvoi n° 05-10.553; bail commercial : 3<sup>e</sup> Civ., 26 septembre 2001, *Bull.* 2001, III, n° 102, pourvoi n° 00-10.759).

Les conditions d'occupation ou d'exploitation des biens loués constituent une autre illustration importante du droit de savoir dont bénéficie le bailleur. La règle est celle de l'occupation ou exploitation personnelle par le preneur des biens mis à sa disposition par l'effet du contrat de louage. La sous-location est ainsi en principe interdite, que ce soit pour le bail d'habitation (article 8 de la loi du 6 juillet 1989), le bail commercial (article L. 145-31 du code de commerce) ou le bail rural (article L. 411-35 du code rural), toute violation de cette interdiction étant susceptible de justifier la résiliation de la convention principale ou le refus de renouvellement pour motifs graves et légitimes (en matière de bail commercial : 3<sup>e</sup> Civ., 9 juillet 2003, *Bull.* 2003, III, n° 147, pourvoi n° 02-11.621). L'accord du bailleur peut néanmoins justifier cette sous-location. Si le code rural définit plus strictement pour le bail rural que pour les autres catégories de louage les cas permettant au bailleur d'accepter une sous-location (article L. 411-35 susvisé), il autorise aussi le fermier, qui reste titulaire du bail, à mettre les terres à la disposition d'une société d'exploitation agricole (article L. 411-37 du code rural), ou à les faire exploiter par un GAEC auquel il a adhéré (article L. 323-14 du même code). Les prérogatives du bailleur sont, dans ces hypothèses, limitées puisque, créancier d'une simple information donnée par le titulaire du bail, il n'a pas en revanche le pouvoir de subordonner la mise à disposition à son autorisation.

En matière de bail de locaux à usage d'habitation, l'obligation d'occupation personnelle pesant sur le locataire justifie les clauses d'un bail interdisant le prêt des lieux loués à un

tiers sans le consentement exprès et écrit du bailleur. Elle ne saurait en revanche interdire au preneur d'héberger un proche à son domicile. C'est sur le fondement de l'article 8 § 1 de la CEDH que ce droit est reconnu au locataire par la jurisprudence (3<sup>e</sup> Civ., 6 mars 1996, *Bull.* 1996, III, n° 60, pourvoi n° 93-11.113; 3<sup>e</sup> Civ., 22 mars 2006, *Bull.* 2006, III, n° 73, pourvoi n° 04-19.349; 3<sup>e</sup> Civ., 10 mars 2010, *Bull.* 2010, III, n° 57, pourvoi n° 09-10.412).

Comme pour de nombreuses autres matières, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) exerce, en effet, son influence sur la législation relative au bail et surtout sur son application par les tribunaux, pour préciser les contours de l'obligation de transparence imposée au locataire pendant le cours du contrat de location, restreindre les atteintes susceptibles d'être portées à sa vie privée et à son droit de libre jouissance des locaux pris à bail. Ainsi s'expliquent notamment, comme cela sera ultérieurement précisé, les conditions restrictives dans lesquelles le bailleur peut visiter les locaux pendant le cours du bail ou faire vérifier le respect par l'occupant de ses obligations.

#### 1.1.1.1.2. Droit de savoir et cessation des relations contractuelles

De nombreuses dispositions législatives se rapportent à la question de la cessation des relations contractuelles, avec pour objectifs généraux la protection des intérêts du locataire et du droit au logement qui lui est reconnu, ou la préservation des exploitations. Prenant en principe la forme d'une obligation de motivation des actes accomplis lors de la cessation ou en vue de la cessation du rapport locatif, ces dispositions, de même que la jurisprudence relative à leur application, illustrent deux facettes du droit de savoir reconnu au créancier de l'obligation : le droit de savoir est une composante des droits de la défense; il peut être aussi le moyen permettant au créancier d'exercer une prérogative qui lui est octroyée.

- Au respect des droits de la défense se rattache l'obligation faite au bailleur de motivation du commandement visant la clause résolutoire du bail notifié au locataire. Il convient en effet de rappeler qu'un tel commandement s'inscrit dans un cadre précontentieux, puisqu'il est le préalable nécessaire à toute action en justice tendant à la constatation – et non au prononcé – de la résiliation d'un bail.

Selon une jurisprudence constante, tout commandement ne spécifiant pas de manière suffisamment précise le manquement imputé au locataire est nul et ne peut donc produire l'effet recherché (3<sup>e</sup> Civ., 30 juin 2010, *Bull.* 2010, III, n° 135, pourvoi n° 09-16.244). L'intérêt d'une telle information est essentiel car elle permet au locataire, non seulement de savoir exactement ce qui lui est reproché et de vérifier la pertinence du grief invoqué par le bailleur, mais surtout de régulariser sa situation et d'éviter ainsi la résiliation du bail, dans les conditions que prévoient en particulier les articles 24 de la loi du 6 juillet 1989 pour les baux d'habitation et L. 145-41 du code de commerce pour les baux commerciaux (3<sup>e</sup> Civ., 14 octobre 1992, *Bull.* 1992, III, n° 270, pourvoi n° 91-10.780; 3<sup>e</sup> Civ., 18 mars 2009, *Bull.* 2009, III, n° 65, pourvoi n° 08-10.743).

On voit donc que le but poursuivi par le législateur est de permettre au locataire, au besoin avec le concours du juge, de préserver sa situation. L'intérêt du maintien du locataire en place est tel que, parfois, la loi instaure une procédure d'information des tiers intéressés pouvant, par leur intervention, se substituer aux obligations du locataire défaillant : l'article L. 143-2



du code de commerce dispose à cette fin que le propriétaire de locaux loués pour un usage commercial qui poursuit la résiliation du bail doit notifier sa demande aux créanciers inscrits. À défaut de notification régulière et donc, en cas de manquement à l'obligation d'information instaurée par la loi, la résiliation est inopposable au créancier (3<sup>e</sup> Civ., 12 juillet 2006, *Bull.* 2006, III, n<sup>o</sup> 169, pourvoi n<sup>o</sup> 05-14.396). Certes, en apparence, cette sanction a une portée limitée. Mais en réalité, elle permet au créancier concerné de faire tierce opposition à la décision de résiliation (3<sup>e</sup> Civ., 8 février 1989, *Bull.* 1989, III, n<sup>o</sup> 31, pourvoi n<sup>o</sup> 87-11.919), ce qui entraîne la rétractation de cette décision à l'égard de toutes les parties, y compris le locataire (3<sup>e</sup> Civ., 15 décembre 1976, *Bull.* 1976, III, n<sup>o</sup> 466, pourvoi n<sup>o</sup> 75-14.898 : il y a impossibilité absolue d'exécuter simultanément la décision qui constate la résiliation du bail et prononce l'expulsion du preneur et celle qui déclare, sur tierce opposition, cette résiliation inopposable au créancier nanti qui n'a pas reçu notification de la résiliation de plein droit et qui est en droit d'exiger le maintien du bail pour la sauvegarde de son gage).

Il convient cependant de préciser que toute erreur ou insuffisance d'information imputable au bailleur n'entraîne pas nécessairement la nullité ou l'inefficacité de l'acte notifié au locataire. Ainsi, un commandement fait pour une somme supérieure au montant réel de la dette demeure valable à concurrence de ce montant (voir notamment : 3<sup>e</sup> Civ., 7 décembre 2004, pourvoi n<sup>o</sup> 03-17.420). En outre, en matière de bail commercial, pour la question particulière du droit au renouvellement du bail en principe reconnu au preneur et des effets du congé délivré à l'initiative du bailleur, il a été jugé que l'absence ou l'insuffisance de motivation d'un congé avec refus de renouvellement pour motifs graves et légitimes sans offre d'indemnité d'éviction laisse subsister le congé et le droit pour le bailleur d'obtenir la libération des locaux à l'échéance contractuelle, sous réserve du paiement de l'indemnité d'éviction à laquelle il a cherché à se soustraire (3<sup>e</sup> Civ., 8 février 2006, *Bull.* 2006, III, n<sup>o</sup> 26, pourvoi n<sup>o</sup> 04-17.898 ; 3<sup>e</sup> Civ., 28 octobre 2009, *Bull.* 2009, III, n<sup>o</sup> 234, pourvois n<sup>o</sup> 07-18.520 et 08-16.135). Créancier d'une telle indemnité, le locataire ne peut en revanche se prévaloir de l'absence ou insuffisance de motivation du congé pour prétendre à la poursuite du bail.

- En matière de louage, la loi comporte un certain nombre de dispositions destinées à favoriser les droits du preneur, notamment celui de se porter acquéreur des locaux pris à bail, lorsque leur vente est envisagée par le bailleur. Parfois cependant, le but poursuivi par le législateur est seulement de favoriser le maintien du lien locatif et d'assurer concrètement, soit l'exercice au profit des locataires du droit au logement, reconnu comme un objectif à valeur constitutionnelle, soit la stabilité d'une exploitation rurale ou commerciale.

Quelques exemples méritent d'être évoqués :

- Pour les logements vendus à l'occasion d'une vente par lots de plus de 10 logements, dite « vente à la découpe », les accords collectifs des 9 juin 1998 et 16 mars 2005, conclus en application de l'article 41 *ter* de la loi n<sup>o</sup> 86-1290 du 23 décembre 1986 et rendus obligatoires par décret, imposent à la société bailleuse qui s'engage dans une telle opération une obligation particulière d'information des locataires en place sur différents aspects de l'opération et la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de préciser, d'une part que ces formalités étaient d'ordre public (3<sup>e</sup> Civ., 20 février 2008, *Bull.* 2008, III, n<sup>o</sup> 30, pourvoi n<sup>o</sup> 06-21.122 ; 3<sup>e</sup> Civ., 24 juin 2009, *Bull.* 2009, III, n<sup>o</sup> 156, pourvoi n<sup>o</sup> 08-14.731), d'autre part que le manquement du bailleur à ses obligations devait entraîner la nullité, non seulement des congés

pour vendre, mais aussi celle des offres de vente, notifiés aux locataires (3<sup>e</sup> Civ., 20 février 2008, précité).

– Indépendamment de ces règles propres à la « vente à la découpe », le droit de préemption du locataire de locaux à usage d'habitation, prévu selon les cas par l'article 10 de la loi n° 75-1351 du 31 décembre 1975 ou par l'article 15 II de la loi du 6 juillet 1989, instaure au profit de celui-ci une obligation d'information préalable dont la violation est sanctionnée par la nullité du congé ne comportant pas l'ensemble des renseignements devant être portés à la connaissance de l'occupant.

– Un droit d'information comparable est reconnu au fermier, pour une éventuelle préemption, par l'article L. 412-1 du code rural en cas de vente envisagée par le propriétaire des terres, la sanction de l'inobservation des règles applicables en la matière, constituée en principe par l'indemnisation du preneur (3<sup>e</sup> Civ., 8 décembre 2004, pourvois n° 03-20.188 et 03-15.920), pouvant cependant aller jusqu'à la nullité de la vente irrégulièrement consentie à un tiers et à la substitution du preneur dans les cas définis par l'article L. 412-10 du même code.

– Plus généralement, il convient d'observer qu'un locataire n'est pas tenu, lorsqu'il décide de mettre fin au bail en délivrant congé, d'indiquer au bailleur les raisons de sa décision. Cela est vrai en matière de bail d'habitation, même si le locataire revendique l'application du délai de préavis réduit de l'article 15 I de la loi du 6 juillet 1989 : le fait que le locataire ne se prévale pas dans son congé du motif susceptible de justifier l'application de ce délai particulier ne saurait le priver du bénéfice du texte, qui est d'ordre public (3<sup>e</sup> Civ., 30 juin 2010, *Bull.* 2010, III, n° 135, pourvoi n° 09-16.244).

En revanche, le droit d'information reconnu au locataire oblige le bailleur, lorsqu'il délivre congé, d'en indiquer les motifs. Tel est le cas, en matière de bail d'habitation, aussi bien pour le congé en vue de la vente déjà évoqué que pour le congé aux fins de reprise pour habiter (article 15 de la loi du 6 juillet 1989), et la règle de la motivation s'impose de manière encore plus évidente lorsque le bailleur se prévaut de l'inexécution par le preneur de l'une des obligations lui incombant (même texte). L'absence de motivation du congé est une cause d'annulation de l'acte et les tribunaux peuvent également sanctionner, non seulement par la nullité de l'acte, mais aussi par l'allocation de dommages-intérêts, les congés jugés frauduleux (3<sup>e</sup> Civ., 5 juillet 1995, *Bull.* 1995, III, n° 169, pourvoi n° 93-17.283 ; 3<sup>e</sup> Civ., 26 juin 2007, pourvoi n° 06-18.177 ; 3<sup>e</sup> Civ., 13 novembre 2008, *Bull.* 2008, III, n° 169, pourvoi n° 05-19.722).

La règle de la motivation du congé délivré par le bailleur s'applique aussi, avec la même sanction de l'annulation, au bail commercial (article L. 145-9, dernier alinéa, du code de commerce), sous la réserve déjà indiquée quant aux effets d'un congé nul, et elle s'impose enfin au congé donné en matière de bail rural, dans les conditions prévues par les articles L. 411-47 et suivants du code rural qui exigent notamment de désigner sans ambiguïté, dans l'acte de congé délivré par le bailleur, les bénéficiaires de la reprise des terres données à bail, pour permettre au preneur de vérifier l'application des conditions de reprise fixées par la loi (3<sup>e</sup> Civ., 31 mai 2006, pourvoi n° 05-14.265 ; 3<sup>e</sup> Civ., 26 mai 2009, pourvoi n° 08-17.272).

\* \* \*

## L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR : LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

Les développements précédents montrent qu'à l'équilibre des échanges d'informations qui caractérise la période de conclusion et d'exécution du bail, succède un devoir de renseignement incombant essentiellement, sinon exclusivement, au bailleur lors de la cessation des relations contractuelles. Mais quel que soit l'état chronologique du rapport contractuel entre bailleur et locataire, la principale difficulté à laquelle se heurte le bénéficiaire du « droit de savoir » est celle de la preuve de la sincérité de l'information reçue. Comment établir notamment que le locataire respecte ses engagements et déclarations en matière d'occupation ou de tenue des locaux ? Comment prouver que le congé délivré par le bailleur est fondé sur des motifs réels et sérieux correspondant aux exigences légales ? Le code de procédure civile, grâce aux mesures d'instruction avant procès de l'article 145 et aux règles de communication de pièces prévues par les articles 132 et suivants, permet de répondre partiellement aux besoins probatoires des parties. La nécessité de préserver la vie privée ou la tranquillité de l'un des contractants peut néanmoins restreindre le droit de vérification des informations appartenant à l'autre. Il a été jugé par exemple que le propriétaire de terres faisant l'objet d'un bail à ferme ne peut, pour établir l'existence d'agissements du preneur de nature à compromettre la bonne exploitation du fonds et justifier une demande de résiliation du bail, se fonder sur des rapports d'expertise établis à l'issue d'investigations expertales réalisés sur place sans l'autorisation du preneur (3<sup>e</sup> Civ., 10 mars 2010, *Bull.* 2010, III, n<sup>o</sup> 62, pourvoi n<sup>o</sup> 09-13.082). De même, le bailleur ne peut imposer au locataire de locaux à usage d'habitation un droit de visite de ces locaux excédant les limites de ce qui est prévu par l'article 4 a de la loi du 6 juillet 1989, toute clause contraire étant réputée non écrite.

Au-delà de ces cas particuliers, et quelle que soit l'hypothèse dans laquelle le droit appartenant au créancier d'une information entre en conflit avec les intérêts légitimes du débiteur, il apparaît que seul le recours au juge, par les autorisations que celui-ci peut délivrer ou les injonctions qu'il a la faculté de prendre, permet de suppléer l'éventuel manquement d'une partie à l'obligation de bonne foi et au devoir de loyauté et assurer une protection réellement efficace du « droit de savoir ».

### **1.1.1.2. Obligation d'information et vente immobilière**

La jurisprudence a depuis plusieurs années consacré, dans le domaine contractuel, une obligation d'information corollaire d'un droit de savoir, qui tend à compenser le déséquilibre des connaissances entre contractants. Cette création prétorienne se présente à la fois comme un outil de prévention des vices du consentement et comme une traduction de l'obligation de loyauté. L'alinéa premier de l'article 1110 du code civil résultant de l'avant-projet de réforme du droit des obligations établi sous l'autorité du professeur Catala, généralise l'existence de cette obligation en disposant que « celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner ».

De portée générale, l'obligation d'information, qui se manifeste tant au stade de la formation qu'à celui de l'exécution de la convention, varie tant dans son contenu qu'en intensité suivant la nature et l'objet du contrat en cause. Lorsqu'il s'agit d'une vente, la jurisprudence a ainsi posé en principe que le vendeur doit renseigner l'acheteur sur les caractéristiques essentielles du bien vendu et sur ses conditions d'utilisation. En matière immobilière, le vendeur doit communiquer à l'acquéreur toutes les informations utiles dont il dispose : existence

d'une servitude<sup>2</sup> ou d'un risque d'effondrement<sup>3</sup>, état du sol<sup>4</sup>, absence de raccordement de l'immeuble au réseau d'eau potable<sup>5</sup>, positionnement exact de l'immeuble et présence d'un vis-à-vis<sup>6</sup>, situation juridique<sup>7</sup>, etc.

Mais la vente immobilière se caractérise surtout par la multiplication des interventions du législateur qui, depuis une quinzaine d'années, développe un formalisme informatif ayant pour objectif de mettre le candidat acquéreur en situation d'être parfaitement informé sur ce qu'il achète. Ce formalisme, qui dépend de la nature et de l'usage du bien vendu, consiste généralement soit dans l'exigence de certaines mentions obligatoires dont l'absence est sanctionnée par la nullité de la vente, telles que celles relatives à l'exacte superficie d'un lot de copropriété<sup>8</sup> ou à l'existence d'un terrain ayant reçu une installation classée soumise à autorisation<sup>9</sup>, soit dans l'obligation d'annexer à l'acte de vente des documents destinés à informer l'acquéreur sur l'état exact de l'immeuble : présence de matériaux contenant de l'amiante<sup>10</sup>, risques d'exposition au plomb<sup>11</sup>, présence de termites et autres insectes xylophages<sup>12</sup>, état de l'installation de gaz<sup>13</sup> et d'électricité, diagnostic de performance énergétique<sup>14</sup>, résultat du contrôle de l'installation d'assainissement non collectif lorsque l'immeuble n'est pas raccordé au réseau public<sup>15</sup>. Depuis l'ordonnance n° 2005-655 du 8 juin 2005 relative au logement et à la construction, qui a cherché à harmoniser et à simplifier les différents dispositifs existants, un dossier de diagnostic technique<sup>16</sup> regroupe ces différents documents, sans créer néanmoins un régime juridique unique de l'obligation de fournir ces informations.

Afin d'assurer la protection de son consentement et de lui laisser le temps d'analyser les informations reçues, la loi a également prévu un délai de rétractation ou de réflexion au bénéfice de l'acquéreur<sup>17</sup>.

Les évolutions, en matière immobilière, de l'obligation précontractuelle d'information et de son corollaire, le droit de savoir, permettent d'analyser les interactions entre l'obligation de droit commun, d'origine prétorienne, et ses multiples ramifications législatives, mais

2. 3<sup>e</sup> Civ., 21 juillet 1993, *Bull.* 1993, III, n° 117, pourvoi n° 91-20.639.

3. 3<sup>e</sup> Civ., 15 janvier 2003, pourvoi n° 01-15.085.

4. 3<sup>e</sup> Civ., 22 septembre 2009, pourvoi n° 08-14.013.

5. 3<sup>e</sup> Civ., 28 juin 2000, pourvoi n° 98-20.376.

6. 3<sup>e</sup> Civ., 8 novembre 2005, pourvoi n° 04-17.683.

7. 3<sup>e</sup> Civ., 20 mars 1996, *Bull.* 1996, III, n° 84, pourvoi n° 94-12.704.

8. Article 46 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, issu de la loi n° 96-1107 du 18 décembre 1996, dite « loi Carrez ».

9. Loi n° 92-646 du 13 juillet 1992.

10. Décret n° 96-97 du 7 février 1996.

11. Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998.

12. Loi n° 99-471 du 8 juin 1999.

13. Loi n° 2003-8 du 3 janvier 2003.

14. Décret n° 2006-1147 du 14 septembre 2006.

15. Article L. 1331-11-1 du code de la santé publique.

16. Article L. 271-4 du code de la construction et de l'habitation.

17. Article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation.

aussi de rapprocher les solutions consacrées sur le fondement de notions qui se chevauchent souvent : erreur, dol, garantie des vices cachés, obligation de délivrance.

La présente étude ne prétend pas présenter de façon exhaustive, au travers de l'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation, les différents régimes juridiques applicables aux multiples obligations légales d'information, mais vise seulement à dégager, dans la mesure du possible, des traits communs à ces différentes obligations. Elle s'attachera à présenter le droit commun de l'obligation d'information (1.1.1.1.2.1.) progressivement élaboré par la jurisprudence, avant d'aborder les évolutions survenues sous l'influence des lois spéciales (1.1.1.1.2.2.).

#### 1.1.1.1.2.1. Le droit commun de l'obligation d'information

L'obligation d'information de droit commun présente deux caractéristiques essentielles : elle est *autonome* et *limitée*.

##### 1.1.1.1.2.1.1. Une obligation autonome

L'autonomie de l'obligation se manifeste au travers des décisions qui lui assignent un fondement propre et de celles qui, en dépit des possibles chevauchements, tendent à la distinguer des solutions déduites des autres mécanismes de protection.

##### 1.1.1.1.2.1.1.1. Un fondement juridique propre

S'agissant du droit commun des contrats, l'obligation d'information trouve sa source dans les articles 1134, alinéa 3, du code civil, qui oblige à exécuter les contrats « de bonne foi », et 1135 du même code, qui incorpore au contrat les suites naturelles de l'obligation.

En matière de vente, elle s'impose sur le fondement d'un texte spécifique, l'article 1602 du code civil, qui pose en principe que « le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige ». Cette règle supplétive d'interprétation a en effet été érigée en règle de fond par la jurisprudence qui y rattache l'obligation d'information du vendeur, comme en témoignent les décisions qui, au visa de cette disposition, appellent à sanctionner les silences conservés sur une information importante pour l'acheteur<sup>18</sup>.

18. 2<sup>e</sup> Civ., 15 avril 2010, pourvoi n° 09-11.667 : cassation de l'arrêt qui déboute l'acquéreur d'une péniche de sa demande fondée sur le manquement du vendeur à son devoir de conseil, sans rechercher si le vendeur, à qui l'acquéreur reprochait de lui avoir caché l'existence d'une hypothèque fluviale au moment de la conclusion du contrat, s'était conformé aux exigences de l'article 1602; 3<sup>e</sup> Civ., 21 février 2001, *Bull.* 2001, III, n° 22, pourvoi n° 99-17.666 : il appartient aux vendeurs d'informer l'acquéreur, quelle que soit l'utilisation envisagée pour l'immeuble, de la situation juridique de la propriété vis-à-vis de l'exercice du droit de chasse; 3<sup>e</sup> Civ., 1<sup>er</sup> juillet 1998, *Bull.* 1998, III, n° 155, pourvoi n° 96-20.358 : cassation de l'arrêt qui retient que l'indemnité d'immobilisation doit rester acquise au vendeur tout en constatant que la promesse de vente ne faisait pas état d'une servitude EDF dont l'existence était incontestée et se bornait à indiquer que le promettant déclarait qu'il n'existait aucune servitude de droit privé ou de droit public empêchant l'exercice du permis de construire; 1<sup>re</sup> Civ., 13 octobre 1993, *Bull.* 1993, I, n° 287, pourvoi n° 91-16.344 : ne donne pas de base légale à sa décision déboutant l'acquéreur de sa demande de dommages-intérêts fondée sur le fait que la capacité réelle de l'ordinateur livré était inférieure à celle convenue, la cour d'appel qui s'arrête à la constatation selon laquelle le bon de commande ne précise pas l'étendue de l'engagement, et ne recherche pas si le vendeur s'était conformé aux exigences de l'article 1602.

1.1.1.1.2.1.1.2. Une obligation distincte d'autres mécanismes protecteurs

Les tribunaux ont d'abord pris appui sur les textes du code civil relatifs aux vices du consentement, à la garantie des vices cachés et à l'obligation de délivrance, pour consacrer l'existence de l'obligation d'information. En pratique, d'ailleurs, il est fréquent que celui qui se plaint d'une violation de son droit de savoir fonde son action en justice sur plusieurs terrains susceptibles de se recouper. Il n'est donc pas sans intérêt d'examiner quelles sont les possibilités de chevauchement avec les autres mécanismes protecteurs du droit de la vente, en étudiant en particulier le lien qu'entretient l'obligation d'information avec les vices du consentement et avec les garanties dues par le vendeur.

- Lien entre l'obligation d'information et les vices du consentement

- **L'erreur** – La violation de l'obligation d'information est distincte de l'erreur, même si elle peut déterminer une erreur sur les qualités substantielles de la chose. Dans ce cas, le contractant qui en est victime peut invoquer l'article 1110 du code civil pour obtenir la nullité de la convention, mais l'annulation du contrat supposera, outre la preuve que le consentement du demandeur a été vicié<sup>19</sup>, que le défendeur ait connu ou qu'il ait dû connaître l'importance essentielle attachée par la victime de l'erreur à la qualité défailante.

- **La réticence dolosive** – La violation d'une obligation d'information peut caractériser une réticence dolosive, mais à condition qu'elle soit intentionnelle. Cette exigence a été nettement rappelée par un arrêt de principe rendu par la chambre commerciale, qui énonce que « le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci<sup>20</sup> ».

Il résulte d'un arrêt de la première chambre civile que les juges du fond n'auront pas à se prononcer expressément sur le caractère intentionnel d'un manquement à l'obligation précontractuelle d'information du vendeur s'ils sont saisis par l'acquéreur d'une simple demande de dommages-intérêts en réparation de son préjudice<sup>21</sup>.

- Lien entre l'obligation d'information et les obligations de garantie pesant sur le vendeur

- **La garantie des vices cachés** – La violation de l'obligation d'information peut être sanctionnée sur le terrain de la garantie des vices cachés lorsque l'information qui aurait dû être délivrée porte sur un vice qui peut recevoir la qualification de vice rédhibitoire, parce qu'il rend l'immeuble impropre à l'usage auquel il est destiné ou diminue tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquis ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il l'avait connu.

Par ailleurs, le vendeur, même non professionnel, tenu envers son acquéreur d'un devoir d'information portant sur tous les éléments que celui-ci ne peut pas aisément connaître, ne pourra se prévaloir d'une clause exonératoire ou limitative de la garantie lorsqu'il aura

19. Com., 15 septembre 2009, pourvoi n° 08-14.398.

20. Com., 28 juin 2005, *Bull.* 2005, IV, n° 140, pourvoi n° 03-16.794; *D.* 2006, p. 2774, note P. Chauvel; *RTD civ.* 2005, p. 591, obs. J. Mestre et B. Fages.

21. 1<sup>re</sup> Civ., 28 mai 2008, *Bull.* 2008, I, n° 154, pourvoi n° 07-13.487; *RDC* 2008, p. 118, obs. D. Mazeaud.

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

méconnu son obligation, chaque fois que ce manquement caractérise la connaissance du vice. Ainsi a-t-il été jugé que le vendeur qui n'a pas signalé à l'acquéreur le non-raccordement de l'immeuble au réseau d'eau potable ne peut invoquer la clause suivant laquelle l'acquéreur déclarait prendre l'immeuble vendu dans son état actuel, sans réserve et sans garantie des vices cachés<sup>22</sup>.

Mais l'action peut être exercée sur le fondement de la violation de l'obligation d'information, ce qui permet d'échapper au délai imposé par l'article 1648 du code civil pour exercer l'action en garantie après la découverte du vice<sup>23</sup>.

– **L'obligation de délivrance** – L'obligation d'information, parfois présentée comme une obligation accessoire à la délivrance<sup>24</sup>, peut se chevaucher avec l'obligation de délivrance lorsque le vendeur n'a pas déclaré une charge que le vendeur découvre après la vente. Si, dans ce cas, l'acquéreur peut agir sur le fondement de l'article 1638 du code civil, le rattachement à l'obligation de délivrance n'est pas nécessaire pour obtenir la sanction du manquement à l'obligation d'information puisque l'article 1602 du code civil peut fonder une action autonome.

La reconnaissance du caractère autonome de l'obligation d'information contribue à renforcer la place tenue par cette obligation dans la protection du droit de savoir, en la dotant d'une sanction spécifique, indépendante de l'existence d'un vice du consentement ou de la violation par le vendeur de ses obligations de garantie. Malgré cette tendance, la jurisprudence continue à poser une limite à l'obligation d'informer, qui tient au devoir de vigilance.

1.1.1.1.2.1.2. Une obligation limitée

Si l'adage *emptor debet esse curiosus* (l'acheteur se doit d'être curieux) semble aujourd'hui dépassé, la jurisprudence continue à tempérer le droit de savoir par un devoir de curiosité et de vigilance qui traduit l'exigence de collaboration entre les parties aux contrats. Ce devoir est toutefois strictement circonscrit.

1.1.1.1.2.1.2.1. La reconnaissance d'un devoir de vigilance

La jurisprudence continue à exiger de l'acquéreur qu'il se montre normalement vigilant et traite de la même manière celui qui sait et celui qui devait savoir et dont l'ignorance est par conséquent considérée comme fautive. Si ce devoir de vigilance pèse plus lourdement sur l'acquéreur professionnel, qui est censé être en mesure de découvrir les choses qu'il achète, il est aussi imposé à l'acquéreur profane, tenu de se livrer à un examen normalement attentif de la chose.

C'est en matière de garantie des vices cachés que les applications jurisprudentielles de ce devoir de vigilance sont les plus nombreuses. Elles trouvent leur fondement juridique dans

22. 3<sup>e</sup> Civ., 28 juin 2000, pourvoi n° 98-20.376.

23. Dans le même ordre d'idées, voir, pour une action échappant au bref délai de l'article 1648 du code civil car fondée sur la réticence dolosive : 3<sup>e</sup> Civ., 29 novembre 2000, *Bull.* 2000, III, n° 182, pourvoi n° 98-21.224.

24. J. Ghestin, J. Huet, *Les Principaux Contrats spéciaux*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., n° 11264 et s.

l'article 1642 du code civil, qui dispose que « le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même », ce dont il se déduit que le vice apparent n'est pas seulement celui qui est immédiatement perceptible, mais encore celui qui apparaît après une vérification élémentaire de la chose.

Ainsi, dans un arrêt du 8 janvier 1991, la première chambre civile a approuvé une cour d'appel qui avait refusé de retenir le caractère caché du vice après avoir relevé que la mention du mot « termites » figurait dans l'acte sous seing privé et dans l'acte authentique, « de telle sorte que l'attention des acheteurs aurait dû être attirée sur la probabilité de la présence de tels xylophages et qu'un minimum d'application leur aurait certainement permis de constater les dégâts causés aux portes, plinthes et lambris, et de remarquer les reprises évidentes des boiseries endommagées<sup>25</sup> ».

Dans le même sens, la troisième chambre civile, dans un arrêt du 22 novembre 1995, a approuvé une cour d'appel qui avait relevé que l'acte de vente précisait qu'un traitement anti-parasitaire avait été effectué et que l'attention de l'acheteur ne pouvait normalement qu'être attirée sur le risque d'un retour de termites, puisqu'il avait été prévenu qu'un traitement curatif avait été nécessaire et qu'il s'était contenté d'attestations décrivant sommairement l'état sanitaire et parasitaire de l'immeuble, d'avoir retenu souverainement que l'acheteur ne prouvait pas le vice caché<sup>26</sup>.

Elle a également jugé, dans un arrêt du 26 février 2003, que la présence non révélée de termites ne constituait pas un vice caché dès lors que l'acquéreur avait été informé par l'agent immobilier d'une infestation de capricornes dans la charpente et avait reçu le conseil de prendre l'avis d'un spécialiste<sup>27</sup>.

Dans un arrêt du 10 mai 2007, elle a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt qui avait débouté l'acquéreur de son action en retenant que l'infestation par les insectes xylophages avait été expressément mentionnée dans l'acte de vente et avait donné lieu à une minoration du prix<sup>28</sup>.

Enfin, dans un arrêt du 30 janvier 2008, elle a retenu que l'acquéreur qui constate que l'immeuble est infesté de termites bien que le vendeur ait déclaré dans l'acte de vente « avoir enlevé tous les éléments porteurs de dégradations et traité », n'est pas fondé à invoquer la garantie des vices cachés dès lors qu'il a été informé de la présence de termites lors de la passation de l'acte authentique et a acquis un bien dont l'état parasitaire positif ne lui laissait aucun doute sur l'infestation de la majorité des éléments en bois<sup>29</sup>.

25. 1<sup>re</sup> Civ., 8 janvier 1991, pourvoi n° 89-16.358.

26. 3<sup>e</sup> Civ., 22 novembre 1995, *Bull.* 1995, III, n° 242, pourvoi n° 93-15.347; *RD imm.* 1996, p. 230, note J.-C. Groslière et C. Saint-Alary-Houin.

27. 3<sup>e</sup> Civ., 26 février 2003, *Bull.* 2003, III, n° 53, pourvoi n° 01-12.750; *Defrénois* 2003, p. 914, note Y. Dagorne-Labbé; *Contrats, conc., consom.* 2003, comm. 106, obs. L. Leveneur; *RD imm.* 2003, p. 245, note F.G. Trébulle.

28. 3<sup>e</sup> Civ., 10 mai 2007, pourvoi n° 05-21.290; *RD imm.* 2007, p. 332, note F. G. Trébulle.

29. 3<sup>e</sup> Civ., 30 janvier 2008, *Bull.* 2008, III, n° 21, pourvoi n° 07-10.133; *JCP* 2008, éd. N, 1197, n° 18, chr. S. Piédelièvre.



L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

À l'inverse, dans un arrêt du 12 septembre 2006, elle a admis la mise en œuvre de la garantie dès lors que les signes extérieurs des désordres affectant la toiture « étaient sans commune mesure avec la gravité des défauts cachés dont les acquéreurs, non professionnels, n'avaient pu se rendre compte<sup>30</sup> ».

1.1.1.2.1.2.2. *L'étendue du devoir de vigilance*

La Cour de cassation a posé deux limites au devoir de vigilance de l'acquéreur : elle a jugé qu'il ne peut lui être imposé de procéder ou faire procéder à des investigations pour pallier l'absence d'information du vendeur et que l'erreur qu'il a commise est toujours excusable si elle a été provoquée par une réticence dolosive.

- L'absence d'obligation pour l'acquéreur de procéder ou faire procéder à des investigations

L'article 1642 du code civil imposant seulement à l'acquéreur de procéder à une vérification élémentaire de l'immeuble, la jurisprudence en a limité la portée en décidant qu'il ne saurait se voir imposer l'obligation de pallier son ignorance en se faisant assister des conseils d'un homme de l'art<sup>31</sup>.

La troisième chambre civile a ainsi cassé, pour violation de l'article 1642 du code civil, l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour exonérer le vendeur des vices affectant la charpente de l'immeuble vendu, avait retenu que les désordres de structure de la charpente pouvaient être remarqués par un non-professionnel ou à tout le moins susciter des interrogations lui permettant de solliciter un avis autorisé à condition de pénétrer dans les combles, visite qualifiée d'acrobatique, mais n'excédant pas les capacités physiques des acquéreurs<sup>32</sup>.

L'assemblée plénière a jugé, dans le même sens, qu'elle ajoute à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas l'arrêt qui, pour rejeter la demande de l'acheteur d'un immeuble tendant au paiement de dommages-intérêts pour vice caché, retient qu'il lui appartenait de faire constater par un homme de l'art l'état de la charpente et de la couverture et qu'en ne faisant pas effectuer de telles constatations il avait été négligent, de sorte que le vendeur ne saurait être tenu de ces désordres dont l'acquéreur avait été mis en mesure de se convaincre<sup>33</sup>.

La troisième chambre civile a aussi décidé, de façon générale, que « l'acquéreur n'est pas tenu de procéder à des investigations pour pallier l'absence d'information donnée par le vendeur<sup>34</sup> ».

- L'incidence de la réticence dolosive sur l'erreur provoquée

Lorsqu'elle présente un caractère inexcusable, l'erreur commise par l'un des contractants lui interdit normalement d'obtenir l'annulation du contrat sur le fondement de l'article 1110 du code civil.

30. 3<sup>e</sup> Civ., 12 septembre 2006, pourvoi n° 05-17.228.

31. 3<sup>e</sup> Civ., 3 mai 1989, *Bull.* 1989, III, n° 101, pourvoi n° 87-18.908 ; *D.* 1990, p. 117, note O. Tournafond ; *Defrénois* 1990, art. 34765, p. 503, note G. Vermelle.

32. 3<sup>e</sup> Civ., 4 février 2004, *Bull.* 2004, III, n° 23, pourvoi n° 02-18.029.

33. Ass. plén., 27 octobre 2006, *Bull.* 2006, Ass. plén., n° 13, pourvoi n° 05-18.977.

34. 3<sup>e</sup> Civ., 25 octobre 2006, pourvoi n° 05-17.115.

La troisième chambre civile a toutefois atténué la portée de cette règle en énonçant, dans un arrêt de principe du 21 février 2001, qu'une réticence dolosive, à la supposer établie, « rend toujours excusable l'erreur provoquée<sup>35</sup> ». L'arrêt d'appel avait bien relevé l'existence de deux réticences, mais avait refusé de prononcer l'annulation du contrat de vente pour dol au motif que l'erreur présentait un caractère inexcusable puisque l'acquéreur avait l'obligation de se renseigner. La Cour de cassation a censuré ce raisonnement en considérant que l'erreur commise par la victime n'exerçait aucune influence sur son droit à obtenir l'annulation de la vente si elle était provoquée par la faute commise par l'auteur du dol.

Finalement, le devoir de vigilance qui oblige l'acquéreur à faire preuve d'une certaine curiosité au moment de la vente ne saurait être transformé en devoir d'investigation supposant que l'acquéreur mène lui-même sa propre enquête pour connaître l'état exact du bien vendu ou, s'il ne dispose pas des connaissances nécessaires, fasse appel à un technicien pour en savoir plus. Il ne saurait non plus dispenser l'autre partie de répondre de son dol ou de la violation de son obligation d'information.

L'examen des arrêts rendus montre également qu'en dépit du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond sur le caractère apparent ou caché du vice<sup>36</sup>, il y a néanmoins place pour un contrôle de la Cour de cassation en la matière, puisqu'il s'agit non seulement de déterminer, d'après les circonstances de fait de l'espèce, si l'acquéreur avait eu ou non connaissance du vice, mais aussi de situer le curseur entre l'obligation d'information du vendeur et le devoir de vigilance de l'acquéreur.

Si l'importance de l'obligation d'information au sein des mécanismes de protection du droit de savoir se trouve renforcée par la consécration de l'autonomie de cette obligation, qui permet d'en sanctionner la violation indépendamment du recours aux autres modes de protection existant dans le droit commun des contrats ou le droit de la vente, elle continue normalement à trouver sa limite dans le devoir de vigilance qui pèse sur l'autre partie. En matière immobilière, elle connaît en outre des évolutions majeures, à l'œuvre sous l'influence des lois spéciales.

#### 1.1.1.1.2.2. L'incidence du droit spécial

La force d'attraction qu'exercent les lois spéciales sur l'obligation d'information peut être observée tant dans l'assouplissement des conditions d'existence de cette obligation que dans le renforcement des sanctions.

##### 1.1.1.1.2.2.1. Les conditions d'existence de l'obligation

Elles tiennent non seulement à la qualité des parties mais aussi à l'existence d'une inégalité d'information entre elles.

35. 3<sup>e</sup> Civ., 21 février 2001, *Bull.* 2001, III, n° 20, pourvoi n° 98-20.817.

36. 3<sup>e</sup> Civ., 17 juillet 1972, *Bull.* 1972, III, n° 473, pourvoi n° 71-12.202.

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

*1.1.1.2.2.1.1. Les conditions tenant à la qualité des parties*

L'obligation d'information pèse en principe sur le vendeur, qu'il soit professionnel ou profane, même si la qualité de professionnel est de nature à renforcer l'intensité de l'obligation, tandis que la qualité de profane de l'acquéreur peut influencer sur l'ampleur de la sanction. Mais elle peut aussi peser sur l'acquéreur, surtout lorsqu'il s'agit d'un professionnel qui traite avec un vendeur profane<sup>37</sup>.

Le formalisme informatif instauré par les lois spéciales tend toutefois, dans certains cas, à accentuer le déséquilibre entre le vendeur et l'acquéreur en renforçant l'obligation du premier, indépendamment de sa qualité de professionnel ou de profane. Les obligations spéciales d'information pèsent en effet exclusivement sur le vendeur et ne tiennent généralement pas compte des compétences de celui-ci. À titre d'exemple, l'article L. 514-20 du code de l'environnement, qui oblige à informer l'acquéreur de ce qu'une installation classée soumise à autorisation ou enregistrement<sup>38</sup> a été exploitée sur le terrain vendu, ne distingue pas selon que le vendeur est professionnel ou profane.

Qui plus est, la jurisprudence accentue ce déséquilibre en jugeant que l'acquéreur, fût-il professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis<sup>39</sup>. La formulation restrictive de l'arrêt qui ne vise que l'information sur la valeur du bien acquis laisse toutefois entendre que l'acquéreur n'échappe pas nécessairement à toute obligation d'information et peut avoir à répondre de ses silences qui portent non sur la valeur, mais sur des qualités substantielles du bien vendu. Un précédent arrêt de la troisième chambre civile avait retenu en ce sens que l'acquéreur était tenu d'informer le vendeur sur la qualité particulière du sous-sol, qui le rendait exploitable pour un usage de carrière<sup>40</sup>.

*1.1.1.2.2.1.2. Les conditions tenant à l'inégalité d'information entre les parties*

L'obligation d'information repose habituellement sur l'inégalité d'information entre les parties, qu'elle a pour but de compenser. Elle suppose donc que l'une des parties disposait d'une information que l'autre ne connaissait pas. Les lois récentes ont toutefois tendance à renforcer les exigences de connaissance pesant sur le vendeur et, parallèlement, à atténuer la condition tenant à l'ignorance de l'acquéreur.

- La connaissance de l'information par le vendeur

Le renforcement du droit de savoir de l'acquéreur conduit à exiger du vendeur non seulement qu'il informe son acquéreur de l'ensemble des informations dont il a connaissance

37. 3<sup>e</sup> Civ., 26 février 1997, pourvoi n° 94-16.014.

38. Depuis l'ordonnance n° 2009-663 du 11 juin 2009 relative à l'enregistrement de certaines installations classées pour la protection de l'environnement.

39. 3<sup>e</sup> Civ., 17 janvier 2007, *Bull.* 2007, III, n° 5, pourvoi n° 06-10.442; *D.* 2007, p. 1051, note D. Mazeaud; *RTD civ.* 2007, p. 335, obs. J. Mestre et B. Fages.

40. 3<sup>e</sup> Civ., 15 novembre 2000, *Bull.* 2000, III, n° 171, pourvoi n° 99-11.203; *D.* 2002, p. 928, obs. O. Tournafond; *RTD civ.* 2001, p. 355, obs. J. Mestre et B. Fages.

et qui pourraient influencer sur l'acte d'achat, mais aussi de faire rechercher les vices par un professionnel présentant des garanties de compétence.

De même, l'obligation pour le vendeur d'informer l'acquéreur de ce qu'une installation classée soumise à autorisation ou enregistrement a été exploitée sur le terrain vendu ou de ce qu'une mine a été exploitée dans le tréfonds s'applique même au vendeur qui établirait qu'il ignorait l'existence de cette exploitation<sup>41</sup>.

Le droit de savoir n'est donc plus limité aux informations que le vendeur d'immeuble connaît ou devrait connaître compte tenu de ses compétences. L'obligation d'information peut de surcroît être sanctionnée même lorsqu'il est établi que l'acquéreur avait, par lui-même, déjà connaissance de l'information.

- L'ignorance de l'information par l'acquéreur

Traditionnellement, l'obligation d'information ne peut être utilement invoquée que si le créancier de l'obligation peut se prévaloir de sa propre ignorance : le droit de savoir trouve logiquement sa limite lorsque le titulaire connaît déjà l'information. Pourtant, cette condition n'est plus nécessairement indispensable au succès de l'action de l'acquéreur contre le vendeur.

Deux exemples de cette évolution méritent d'être signalés, le premier relatif à la vente d'un lot de copropriété, le second ayant trait à la vente d'un terrain sur lequel a été exploitée une installation classée soumise à autorisation.

– **La vente d'un lot de copropriété** – Lorsque la vente porte sur un lot ou une fraction de lot de copropriété, l'article 46 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, ajouté par la loi n° 96-1107 du 18 décembre 1996, dite « loi Carrez », prévoit que doit être portée sur l'acte qui constate la vente, à peine de nullité, la mention de la superficie de la partie privative du lot ou de la fraction de lot concerné. Si la superficie réelle est inférieure de plus d'un vingtième à la superficie réelle, l'acquéreur peut engager contre le vendeur, dans le délai d'un an à compter de l'acte authentique, une action en diminution du prix « proportionnelle à la moindre mesure ».

Tranchant la question de savoir quelle était l'incidence, sur le droit à diminution du prix, de la connaissance par l'acquéreur de la superficie du bien vendu, la troisième chambre civile a jugé, dans un arrêt du 5 décembre 2007, que « la connaissance par l'acquéreur avant la vente de la superficie réelle du bien vendu ne le prive pas de son droit à la diminution du prix<sup>42</sup> ».

La solution a été reprise dans un arrêt du 2 juillet 2008 qui a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait retenu que l'information communiquée par le vendeur de bonne foi à l'acquéreur était suffisante et devait « primer sur le non-respect de la règle formelle<sup>43</sup> ».

---

41. Il n'est en revanche tenu d'informer l'acheteur des dangers ou inconvénients importants en résultant que « pour autant qu'il les connaisse ». Cf. article L. 514-20 du code de l'environnement et article L. 75-2 du code minier.

42. 3<sup>e</sup> Civ., 5 décembre 2007, *Bull.* 2007, III, n° 218, pourvoi n° 06-19.676.

43. 3<sup>e</sup> Civ., 2 juillet 2008, pourvoi n° 07-14.639.

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

Une solution similaire a été adoptée sur le fondement de l'article L. 514-20 du code de l'environnement dans un litige qui concernait la vente d'un terrain sur lequel avait été exploitée une installation classée soumise à autorisation

– **La vente d'un terrain sur lequel a été exploitée une installation classée soumise à autorisation** – L'article L. 514-20 du code de l'environnement fait peser sur le vendeur d'un terrain sur lequel a été exploitée une installation soumise à autorisation ou à enregistrement l'obligation d'informer par écrit l'acheteur de l'existence de cette installation et, pour autant qu'il les connaisse, des dangers ou inconvénients importants qui résultent de cette exploitation. Lorsque le vendeur est l'exploitant de l'installation, il doit également indiquer par écrit à l'acheteur si son activité a entraîné la manipulation ou le stockage de substances chimiques ou radioactives. À défaut, l'acheteur a le choix de poursuivre la résolution de la vente, de se faire restituer une partie du prix ou de demander la remise en état du site aux frais du vendeur, lorsque le coût de cette remise en état ne paraît pas disproportionné par rapport au prix de vente.

La Cour de cassation se livre à une application stricte, littérale et formaliste de cette obligation, en jugeant que le vendeur encourt les sanctions légales dès lors qu'il s'est abstenu d'informer par écrit l'acquéreur, même si celui-ci avait connaissance de l'existence de l'installation<sup>44</sup>.

Alors que la nécessité d'une ignorance, au surplus légitime, fixe normalement la limite de l'obligation précontractuelle de renseignements, les obligations légales d'information résultant de l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965 et de l'article L. 514-20 du code de l'environnement sont donc indifférentes à la connaissance que l'acquéreur peut avoir de l'information, ce qui s'explique par le fait qu'elles reposent sur des considérations d'ordre public, tenant notamment à la protection de la santé ou de l'environnement, qui dépassent le simple rééquilibrage des connaissances entre contractants. L'accent est mis davantage sur la sanction du vendeur fautif que sur la protection du consentement de l'acquéreur. Ce changement de perspective se manifeste également dans les modalités de sanctions qui s'attachent à la violation de l'obligation d'information.

1.1.1.1.2.2.2. La sanction de la violation de l'obligation d'information

Si la diversification des sanctions applicables au manquement du vendeur à son obligation d'information constitue l'une des caractéristiques des lois contemporaines, elle a conduit la jurisprudence à préciser l'étendue de l'engagement du vendeur.

1.1.1.1.2.2.2.1. La diversification des sanctions

Conformément au droit commun, le manquement du vendeur à son obligation d'information peut être sanctionné par sa condamnation à des dommages-intérêts, la résolution de la vente ou son annulation s'il est établi que le consentement donné par l'acquéreur a été vicié.

44. 3<sup>e</sup> Civ., 12 janvier 2005, *Bull.* 2005, III, n° 8, pourvoi n° 03-18.055 ; *D.* 2005, p. 2513, note M. Boutonnet ; *RD imm.* 2005, p. 104, note F. G. Trébulle.

Le législateur a repris ces sanctions traditionnelles de l'obligation d'information mais en a également prévu d'autres. Le vendeur peut ainsi être condamné à supprimer les dangers ou les inconvénients qui compromettent un usage normal du terrain<sup>45</sup> ou à remettre le site en état à ses frais<sup>46</sup>, lorsque le coût de cette suppression ou de cette remise en état ne paraît pas disproportionné par rapport au prix de vente. Lorsqu'il manque, en tant que dernier exploitant, à son obligation légale de dépolluer, la troisième chambre civile a jugé que sa responsabilité était de nature délictuelle<sup>47</sup>.

Le législateur a aussi ravivé le lien entre l'obligation d'information et la garantie des vices cachés en octroyant à l'acheteur une action estimatoire, mais surtout en sanctionnant la plupart des mentions exigées dans le diagnostic technique<sup>48</sup> par l'impossibilité pour le vendeur de s'exonérer de la garantie des vices cachés correspondante.

Cette nouvelle imbrication des obligations du vendeur a contraint la jurisprudence à préciser l'étendue de son obligation d'information.

*1.1.1.1.2.2.2. L'incidence des nouvelles modalités de sanctions sur l'étendue de l'obligation d'information*

Le législateur ayant placé la sanction du défaut de diagnostic obligatoire sur le terrain des vices cachés, la question s'est posée de savoir si, dans l'hypothèse où la découverte du vice après la vente démontre le caractère inexact du certificat négatif délivré, sans que l'on puisse établir que le vendeur avait connaissance du vice, celui-ci doit néanmoins être tenu des réparations par le biais de l'obligation de délivrance d'un bien conforme, autrement dit exempt de vices.

La troisième chambre civile a répondu par la négative à cette question en jugeant que « la législation relative à la protection de la population contre les risques sanitaires liés à une exposition à l'amiante dans les immeubles bâtis, n'oblige le propriétaire de l'immeuble qu'à transmettre à l'acquéreur l'état établi par le professionnel », et non à livrer un immeuble exempt d'amiante<sup>49</sup>.

La législation ne contraint les propriétaires vendeurs qu'à faire rechercher par un professionnel qualifié la présence d'amiante, sans leur imposer de garantir aux acheteurs l'absence de matériaux contenant de l'amiante. En conséquence, le vendeur remplit son obligation légale d'information par la délivrance du dossier de diagnostic technique établi par le professionnel, sans être légalement tenu d'une obligation de délivrance d'un immeuble exempt d'amiante. Il ne pourrait en aller différemment que si le vendeur connaissait les vices de la chose et ne les avait révélés ni à l'acquéreur, ni au diagnostiqueur.

45. Article L. 75-2 du code minier.

46. Article L. 514-20 du code de l'environnement.

47. 3<sup>e</sup> Civ., 16 mars 2005, *Bull.* 2004, III, n° 67, pourvoi n° 03-17.875; *JCP* 2005, éd. G, II, 10118, obs. F. G. Trébulle; *RTD civ.* 2005, p. 784, obs. P. Jourdain.

48. La loi précise que le diagnostic de performance énergétique n'a qu'une « valeur informative ».

49. 3<sup>e</sup> Civ., 23 septembre 2009, *Bull.* 2009, III, n° 204, pourvoi n° 08-13.373; *Defrénois* 2010, p. 99, obs. E. Savaux; *JCP* 2009, éd. E, 2190, obs. L. Leveneur; *JCP* 2009, éd. N, 1302, comm. par D. Boulanger.

## L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR : LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

Les conséquences de l'inexactitude d'un diagnostic réalisé à l'occasion de la vente relèvent donc du seul terrain de la garantie des vices cachés : lorsqu'une clause de non-garantie de ces vices a été insérée dans l'acte de vente, elle ne peut être privée d'efficacité que si la mauvaise foi du vendeur est établie. En l'absence d'un engagement spécifique de livrer un immeuble exempt d'amiante, le vendeur restera donc à l'abri de toute action de l'acheteur, lequel pourra en revanche rechercher la responsabilité délictuelle du diagnostiqueur. La solution, dégagée pour l'amiante, vaut certainement pour les autres mentions qui doivent figurer dans le diagnostic technique et qui sont sanctionnées par l'impossibilité de se prévaloir de la clause d'exclusion de la garantie des vices cachés<sup>50</sup>.

Le renforcement du lien entre l'obligation d'information du vendeur et son obligation de garantie n'a donc pas d'incidence sur la nature de l'obligation, qui ne mue pas en obligation de délivrance ou de sécurité.

\* \* \*

La transformation de l'obligation d'information et de son corollaire, le droit de savoir, sous l'influence de la législation contemporaine se manifeste non seulement par un accroissement quantitatif mais aussi par un renforcement qualitatif du devoir d'informer, dont les conditions d'existence s'assouplissent, tandis que les sanctions attachées à sa violation s'accroissent. Il en résulte une tendance à l'absolutisme de ce droit, qui, dans certaines hypothèses, s'émancipe désormais des exigences de la bonne foi contractuelle.

Les multiples interventions du législateur pourraient faire penser qu'il n'y a plus de place, en cette matière, pour la jurisprudence, du moins si l'on considère comme acquis que la fécondité de celle-ci serait inversement proportionnelle à celle de la loi<sup>51</sup>. La complexité des régimes juridiques et les risques de chevauchement en résultant peuvent, paradoxalement, affaiblir l'obligation d'information en remettant en cause son autonomie et en ébranlant la cohérence du droit qui lui est applicable, si bien que le rôle de la jurisprudence en tant qu'interprète de la loi reste, en cette matière, déterminant.

### **1.1.1.1.3. Obligation d'information et assurance**

Le « droit de savoir » de l'emprunteur qui adhère à un contrat d'assurance groupe a fait l'objet d'une étude au *Rapport annuel* de 2009, sous l'angle de l'obligation pesant sur le prêteur d'informer et d'éclairer son client auquel il propose d'adhérer à une assurance de groupe pour couvrir les risques de décès, invalidité, chômage : il convient de s'y reporter pour cette question.

Mais elle peut être utilement complétée par quelques observations sur, d'une part, le cas particulier de l'information de l'assuré en matière de prescription touchant au contrat d'assurance (1.1.1.1.3.1.), et d'autre part, le droit de savoir de l'assureur lui-même (1.1.1.1.3.2.).

50. Voir, pour le plomb, les observations précitées de D. Boulanger, qui souligne que la législation relative au risque d'exposition au plomb prévoit une obligation de travaux à la charge du vendeur, qui doit livrer un bâtiment exempt du risque de saturnisme.

51. Cf. G. Cornu, « La jurisprudence aujourd'hui », in *RTD civ.* 1992, p. 342.

## 1.1.1.1.3.1. Le « droit de savoir » de l'assuré en matière de prescription

En matière d'assurances, le législateur a toujours, depuis 1930, manifesté le souci d'assurer la protection des partenaires de l'assureur et les règles successives ont amélioré la situation des assurés et bénéficiaires des contrats d'assurances. À cette fin les articles L. 112-4 et R. 112-1 du code des assurances ont organisé l'information contractuelle contenue dans les documents contractuels et couvrant l'ensemble des contrats d'assurance. Si le premier de ces textes édicte les mentions que doit obligatoirement contenir la police d'assurance, il est muet sur la prescription. En revanche l'article R. 112-1 comporte l'exigence selon laquelle « les polices d'assurances [...] doivent rappeler [...] la prescription des actions dérivant du contrat d'assurance ».

Après avoir jugé, sous le regard critique de la doctrine, que le non-respect de l'obligation de rappel dans la police d'assurance de ces dispositions relatives à la prescription était dépourvu de sanction, la loi n'en prévoyant aucune (1<sup>re</sup> Civ., 22 janvier 2002, pourvoi n° 98-18.892), la Cour de cassation a décidé que ce manquement était sanctionné par l'inopposabilité à l'assuré du délai de prescription édicté par l'article L. 114-1 du code des assurances (2<sup>e</sup> Civ., 2 juin 2005, *Bull.* 2005, II, n° 141, pourvoi n° 03-11.871) avec l'approbation cette fois de la même doctrine<sup>52</sup>.

Mais restait à définir ce que recouvre la notion de « rappel des dispositions concernant la prescription ». Les partisans de l'obligation de mentionner dans la police toutes les causes interruptives soulignaient que la prescription biennale de l'article L. 114-1 est une prescription abrégée, qui déroge au droit commun de la prescription contractuelle, et soutenaient qu'il est donc important que l'assuré, qui *a priori* n'a aucune compétence et qui signe un contrat qui est en grande partie un contrat d'adhésion, soit complètement informé des dispositions concernant la prescription par l'assureur, qui est un professionnel sur lequel pèse une obligation légale d'information.

En faveur de la thèse inverse, était développée l'idée que l'article R. 112-1 ne prévoit pas l'obligation de mentionner dans la police d'assurance les causes interruptives de prescription, mais seulement « la prescription », et que cette obligation n'était assortie d'aucune sanction.

À une conception élargie de l'exigence réglementaire, voulant que soient reproduites toutes les dispositions des articles L. 114-1 et L. 114-2 donnant lieu à une information complémentaire, la Cour de cassation avait d'abord préféré la solution du simple visa des textes législatifs (2<sup>e</sup> Civ., 10 novembre 2005, *Bull.* 2005, II, n° 283, pourvoi n° 04-15.041) en se contentant d'un rappel de la police à ces textes, sans exiger l'énoncé des causes de la prescription<sup>53</sup>.

Mais, par plusieurs arrêts rendus en 2009 ou 2010, la deuxième chambre civile est venue affiner ou préciser sa jurisprudence sur ces questions. Elle a d'abord dit que ce « droit de savoir » est reconnu pour les contrats d'assurance-vie (2<sup>e</sup> Civ., 7 mai 2009, pourvoi

52. Voir, notamment, les commentaires de J. Kullmann *in RGDA* 2005, p. 619 et H. Groutel *in Resp. civ. et assur.* 2005, étude 11.

53. Notes critiques des professeurs J. Kullmann *in RGDA* 2006, p. 81 et H. Groutel *in Resp. civile et assurances* 2006, comm. n° 42.



L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

n° 08-16.500 : « les contrats d'assurance-vie doivent, conformément aux dispositions de l'article R. 112-1, mentionner les stipulations relatives à la prescription et [...] l'inobservation de cette disposition est sanctionnée par l'inopposabilité à l'assuré du délai de prescription édicté par l'article L. 114-1 du même code »).

Puis elle a décidé que le droit de connaître les dispositions de la loi concernant la prescription des actions dérivant du contrat d'assurance existe même si l'assuré « est un professionnel » (2<sup>e</sup> Civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-14.254 : l'article R. 112-1 du code des assurances prévoit que la police d'assurance doit rappeler les dispositions de la loi concernant la prescription des actions dérivant du contrat d'assurance. Cette information doit figurer dans le contrat même si le souscripteur – salarié de l'entreprise d'assurance – était informé de l'existence de la prescription biennale dans le cadre de sa profession, la Cour considérant que cette circonstance « ne saurait permettre à l'assureur d'échapper à l'obligation pesant sur lui »).

Enfin, et surtout, elle a affirmé que l'assuré doit connaître les causes d'interruption de la prescription biennale prévues à l'article L. 114-2 du code des assurances (2<sup>e</sup> Civ., 3 septembre 2009, *Bull.* 2009, II, n° 201, pourvoi n° 08-13.094 : selon l'article R. 112-1 du code des assurances les polices d'assurance relevant des branches 1 à 17 de l'article R. 321-1 dudit code doivent rappeler les dispositions des titres I et II du livre I<sup>er</sup> de la partie législative du code des assurances concernant la prescription des actions dérivant du contrat d'assurance ; il en résulte que l'assureur est tenu de rappeler dans le contrat d'assurance, sous peine d'inopposabilité à l'assuré du délai de prescription édicté par l'article L. 114-1 du code des assurances, les causes d'interruption de la prescription biennale prévues à l'article L. 114-2 du même code).

Le droit de savoir de l'assuré, en matière de prescription, a ainsi été affirmé, affiné et étendu par la Cour de cassation, répondant à l'ordre public de protection visant à assurer par une information large sur la prescription dans toutes ses composantes la protection de l'assuré : celui-ci doit donc recevoir dans la police une information complète sur la durée, le point de départ et les modes d'interruption de la prescription.

#### 1.1.1.1.3.2. Le « droit de savoir » de l'assureur

Comme le rappelle la doctrine, « la bonne foi implique que chaque partie ne tire aucun profit illégitime de la situation de connaissance dans laquelle elle se trouve, d'où il se déduit qu'elle doit informer l'autre partie de ce que celle-ci ignore, sous la sanction de la nullité. C'est cette exigence de bonne foi qui justifie directement l'obligation d'information dont la preuve de l'exécution pèse sur le débiteur<sup>54</sup> ».

Ainsi, en application des articles L. 113-2 2° et L. 113-2 3° du code des assurances, l'assureur a le droit de connaître les circonstances de nature à lui faire apprécier le risque qu'il prend en charge, mais aussi de connaître, en cours de contrat, les circonstances nouvelles

54. M. Billiau, « Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 126-127.

qui ont pour conséquence soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux : ce droit de savoir de l'assureur repose sur l'obligation de loyauté de l'assuré.

Les limites du droit de savoir de l'assureur et les sanctions du non-respect de ce droit par l'assuré sont clairement fixées par le législateur : l'article L. 113-8 du code des assurances prévoit que, « indépendamment des causes ordinaires de nullité, [...] le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre ». L'article L. 113-9 du même code précise que l'omission ou la déclaration inexacte de la part de l'assuré dont la mauvaise foi n'est pas établie n'entraîne pas la nullité de l'assurance.

Pour rendre compte de ce droit de savoir, il y a lieu de l'envisager successivement à la souscription du contrat (1.1.1.1.3.2.1.) puis en cours de contrat, en cas de circonstances nouvelles (1.1.1.1.3.2.2.).

#### 1.1.1.1.3.2.1. À la souscription du contrat : questionnaire ou initiative de l'assuré ?

Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1930, l'assuré devait spontanément déclarer à l'assureur « toutes les circonstances connues de lui qui [étaient] de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il [prenait] à sa charge » (article L. 113-2 du code des assurances, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989). Dans ce système dit de la « déclaration spontanée », l'obligation d'information était quasiment illimitée. Considérant que cette obligation d'information était trop extensive et trop protectrice des intérêts des assureurs, la Cour de cassation a entendu la circonscrire. Elle a donné une vaste portée au questionnaire, non obligatoire mais largement utilisé en pratique, et, en 1985, a ainsi décidé que la sincérité et l'exactitude des déclarations faites par un assuré doivent s'apprécier en fonction des questions posées (1<sup>re</sup> Civ., 2 juillet 1985, *Bull.* 1985, I, n° 207, pourvoi n° 84-12.605 ; 1<sup>re</sup> Civ., 17 octobre 1995, pourvoi n° 92-19.018 ; 1<sup>re</sup> Civ., 21 février 1995, pourvoi n° 91-19.916).

La loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 est venue consacrer l'évolution de cette jurisprudence de la Cour de cassation, qui, estimant que l'assureur était mieux placé que l'assuré pour savoir quelles informations lui étaient nécessaires pour évaluer le risque, décidait qu'il ne pouvait être fait grief à l'assuré de n'avoir pas fourni de réponses dépassant le cadre de ces questions : ce n'était que faute de questionnaire que la bonne ou mauvaise foi de l'assuré s'appréciait au vu de sa déclaration spontanée.

L'article L. 113-2 2° du code des assurances, dans sa rédaction issue de cette loi, n'impose désormais à l'assuré que « de répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge ».

M. le professeur Jean Bigot commentait ainsi cette disposition de la loi du 31 décembre 1989 : « désormais, à l'ancienne obligation de déclarer spontanément et exactement le risque, est substituée celle de répondre exactement aux questions posées par l'assureur,

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

notamment dans le questionnaire. Il semble en résulter que le questionnaire est désormais limitatif. Si l'assureur n'a pas interrogé l'assuré sur une circonstance ou une question, il ne semble pas que l'assuré soit reprochable de ne pas l'avoir déclarée s'il a répondu exactement au questionnaire<sup>55</sup> ».

La nullité du contrat n'est désormais encourue que si l'assuré ne répond pas avec sincérité aux questions posées et le fait de ne pas révéler une circonstance qui n'a fait l'objet d'aucune question de la part de l'assureur ne peut plus être considéré comme une réticence<sup>56</sup>.

Mme Lambert-Faivre relève, dans son précis sur le droit des assurances (Dalloz, 12<sup>e</sup> éd., 2005), que la déclaration des risques doit se faire sur la base du questionnaire établi par l'assureur, que ce questionnaire doit être précis et que l'objet de la déclaration est circonscrit aux seules questions posées par le questionnaire limitatif. L'assuré doit déclarer les circonstances connues de lui et qui correspondent aux questions posées par l'assureur, ces questions pouvant être posées par un questionnaire ou par le biais d'un autre support : courrier, fax, etc.

L'inexactitude se mesure à partir de tout ce qu'a pu déclarer l'assuré à la demande de l'assureur : c'est donc à ce dernier qu'il appartient de décider des circonstances qui lui permettent d'évaluer correctement le risque.

Les juges du fond, statuant sur une demande de nullité de l'adhésion à un contrat d'assurance de groupe en application de l'article L. 113-8 du code des assurances, apprécient souverainement l'absence de bonne foi de l'assuré au vu des éléments de preuve qui leur sont soumis (cf. notamment : 2<sup>e</sup> Civ., 7 avril 2005, pourvoi n° 04-10.510; 2<sup>e</sup> Civ., 29 avril 2004, *Bull.* 2004, II, n° 195, pourvoi n° 03-10.655; Crim., 25 janvier 1995, *Bull. crim.* 1995, n° 34, pourvoi n° 94-81.329). Mais cette appréciation de la bonne ou mauvaise foi doit-elle s'apprécier uniquement par rapport à l'existence et à la clarté ou non des questions posées ?

Jusqu'en 2007, la jurisprudence de la Cour de cassation fondée sur la rédaction en vigueur de l'article L. 113-2 2° du code des assurances était la suivante :

- la première chambre civile avait décidé que la fausse déclaration intentionnelle d'un assuré pouvait être retenue même en l'absence de questionnaire, dès lors que l'assuré avait signé une déclaration (1<sup>re</sup> Civ., 24 novembre 1999, pourvoi n° 97-19.022 : « attendu que la cour d'appel, qui a relevé que les époux Y... avaient été en mesure de comprendre la portée de la déclaration de bonne santé qu'ils avaient signée lors de leur adhésion à l'assurance de groupe, n'avait pas à rechercher si le CDE aurait dû leur faire remplir un questionnaire de santé; d'où il suit que le moyen n'est pas sérieux »);
- la chambre criminelle avait pris une position analysée par la doctrine comme contraire à celle de la première chambre civile (Crim., 28 septembre 1999, pourvoi n° 98-84.313) : « attendu que, pour débouter l'assureur de sa demande, l'arrêt retient que la signature d'Antonio Y... n'est pas précédée de la mention "lu et approuvé"; que les juges ajoutent qu'il n'est pas établi que l'assuré ait lu les conditions particulières de son contrat, ni, en l'absence de

55. J. Bigot, « La loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen », in *JCP* 1990, éd. G, I, 3437; voir également *Lamy assurances*, 2008, n° 276.

56. 1<sup>re</sup> Civ., 22 mai 2002, *Bull.* 2002, I, n° 136, pourvoi n° 00-12.419; 1<sup>re</sup> Civ., 28 mars 2000, *Bull.* 2000, I, n° 101, pourvoi n° 97-18.737; 1<sup>re</sup> Civ., 7 octobre 1998, *Bull.* 1998, I, n° 280, pourvoi n° 96-17.315.

questionnaire, qu'il ait été interrogé sur ses antécédents et qu'il ait fourni, en conséquence, dans le but de tromper, des réponses volontairement fausses ; attendu qu'en l'état de ces seuls motifs, la cour d'appel, qui a apprécié souverainement que l'assureur ne rapportait pas la preuve de la mauvaise foi de l'assuré, a justifié sa décision sans encourir le grief allégué ».

Le manuel *Lamy Assurances* 2008 (n° 276), commentait ainsi cet arrêt : « cette position doit être condamnée car si les formules de déclaration sont claires et précises, il n'existe rigoureusement aucune raison de ne pas en tenir compte dans l'appréciation de l'éventuelle mauvaise foi du preneur d'assurance. Il n'est certainement pas dans l'intention du législateur de leur dénier une parfaite valeur juridique, et elles doivent donc être assimilées aux questions mentionnées par l'article L. 113-2 du Code des assurances ».

Dans un arrêt du 15 février 2007 (*Bull.* 2007, II, n° 36, pourvoi n° 05-20.865), la deuxième chambre civile a cassé un arrêt d'une cour appel qui avait annulé un contrat d'assurance sur le fondement de l'article L. 113-8 en reprochant à l'assuré de ne pas avoir déclaré un événement important, alors qu'aucune question amenant l'assuré à déclarer cet événement ne lui avait été posée par l'assureur : selon l'article L. 113-2 2° du code des assurances, « l'assuré est tenu de répondre exactement aux questions contenues dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge, lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à lui faire apprécier les risques qu'il prend en charge ». Dès lors, prive sa décision de base légale la cour d'appel qui annule un contrat d'assurance sur le fondement de l'article L. 113-8 du code des assurances sans constater que l'assureur avait, au moment de la souscription du contrat, posé une question qui aurait dû conduire l'assuré à lui déclarer un élément propre à modifier l'appréciation du risque par l'assureur.

Cet arrêt a été commenté par le professeur Noguéro (*D.* 2007, p. 1635) dans les termes suivants : « il est décidé que, pour prononcer la nullité de la police pour fausse déclaration du risque, les juges doivent clairement constater que l'assureur a posé une question à laquelle l'assuré n'a pas ou pas correctement répondu, sans possibilité de retenir une réticence dolosive. Il s'agit d'une double fermeture dans un domaine où le contentieux est important. Contrairement au système antérieur, la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 a consacré le questionnaire fermé [...]. Néanmoins, le législateur autorisant expressément le jeu du droit commun des obligations, on pouvait s'interroger sur l'existence d'un dol par réticence, en marge du questionnaire, pour aboutir à la sanction de la nullité. Cette voie est clairement fermée par la décision étudiée [...]. La collaboration de l'assuré se trouve limitée ».

Puis, par un arrêt du 18 septembre 2007 (pourvoi n° 06-84.807), la chambre criminelle a rejeté un pourvoi et approuvé les juges du fond, en ces termes : « pour rejeter cette exception [de nullité du contrat tirée de ce que l'assuré avait fait une fausse déclaration intentionnelle ayant changé l'objet du risque ou en ayant diminué l'opinion pour l'assureur], l'arrêt énonce que, faute de produire un questionnaire sur les circonstances de nature à faire apprécier l'objet du risque pris en charge, auquel Kamel Y... était tenu de répondre avant la conclusion du contrat, l'assureur, dont le mandataire a manifestement négligé de confronter les affirmations du souscripteur de la police aux mentions de la carte grise, n'apporte pas la preuve d'une fausse déclaration intentionnelle faite de mauvaise foi par l'assuré ; que les juges ajoutent que les déclarations du prévenu, de l'assuré et des témoins, qui ont varié lors

de l'enquête et des audiences, ne permettent pas d'établir que le premier ait été le conducteur habituel du véhicule à la date de la souscription du contrat d'assurance ».

Commentant cette décision, M. Groutel considère qu'avec cet arrêt, la chambre criminelle rejoint la position prise par la deuxième chambre civile dans son arrêt du 15 février 2007<sup>57</sup>. Cet auteur écrit en effet qu'« il convient de dissiper un risque de confusion en germe dans la motivation de l'arrêt. En prenant celle-ci à la lettre, on pourrait penser que la production d'un questionnaire ne sert qu'à faire la preuve de la mauvaise foi du souscripteur, de sorte que celui-ci resterait exposé aux sanctions que prévoit le code dans l'hypothèse de sa bonne foi (ou plus exactement faute d'une mauvaise foi établie). Or l'absence de questionnaire fait disparaître, dans son principe même, l'obligation de déclarer telle ou telle circonstance pouvant intéresser l'assureur. Le souscripteur n'est exposé à aucune sanction ».

Dans un arrêt du 30 octobre 2007 (pourvoi n° 07-81.481), la chambre criminelle a encore rejeté la demande de l'assureur malgré une déclaration de l'assuré contenue dans les conditions particulières, les questions posées lors de la souscription n'étant pas connues.

Le questionnaire étant d'un usage généralisé, il a été observé que « l'évolution de la jurisprudence [...] tend à en faire une condition nécessaire à la mise en œuvre de la nullité pour fausse déclaration intentionnelle de l'assuré. Faut-il aller plus avant et rendre obligatoire lors de la conclusion du contrat cet instrument qui permet d'évaluer l'exactitude des déclarations et qui constitue un moyen de preuve de cette exactitude ? Les modalités restent libres : questionnaire imprimé ou informatique ; préétabli ou établi lors d'un interrogatoire du candidat à l'assurance par l'assureur, le premier s'adressant à un souscripteur indifférencié et se tenant à des éléments communs, le second offrant la possibilité de recueil d'éléments spécifiques utiles pour l'appréciation du risque. Si le second ne permet d'éviter ni le problème de la généralité des questions, ni celui de l'extension du nombre des questions auquel conduit le système du questionnaire fermé, ni celui de la concision des réponses alors que les questions font l'objet d'une interprétation stricte, ni enfin celui de la compréhension des questions, il offre cependant la possibilité de les amoindrir notamment celui du questionnaire incomplet ou ambigu. Avec le système de l'interrogatoire il n'y aurait pas lieu d'opérer une distinction selon la qualité du souscripteur, profane ou professionnel » (avis de M. l'avocat général Lautru, à l'occasion du pourvoi n° 07-21.655 – 2<sup>e</sup> Civ., 19 février 2009, *Bull.* 2009, II, n° 48). Rappelons, en effet, que la loi n'a pas rendu le questionnaire obligatoire, ni interdit la déclaration spontanée, ni abandonné l'exigence de la bonne foi dans la formation et l'exécution du contrat d'assurance.

Par son arrêt du 19 février 2009 (*Bull.* 2009, II, n° 48, pourvoi n° 07-21.655), la deuxième chambre civile a complété et précisé sa position, après son arrêt de principe du 15 février 2007, en venant dire que pour apprécier l'existence d'une fausse déclaration intentionnelle au sens de l'article L. 113-8 du code des assurances, le juge peut aussi prendre en compte « les déclarations faites par l'assuré à sa seule initiative lors de la conclusion du contrat » – étant précisé que, dans cette espèce, aucun questionnaire ou autre formulaire de déclaration n'avait été rempli par l'assuré.

57. H. Groutel, *in Resp. civile et assurances* 2007, comm. n° 374.

En l'état de la législation et de la jurisprudence de la Cour de cassation, il peut être constaté que, lorsque l'assureur est à l'initiative de la demande de renseignements auprès du candidat à l'assurance, c'est lui qui délimite et limite lui-même son droit de savoir, et il est de son intérêt de poser « toutes les bonnes questions » ; et que, lorsque des renseignements sont fournis « à l'initiative de l'assuré », c'est ainsi lui-même qui, *de facto*, reconnaît le droit de savoir de l'assureur.

1.1.1.1.3.2.2. En cours de contrat, en cas de circonstances nouvelles

Le droit de savoir de l'assureur ne s'achève pas avec la conclusion du contrat et demeure durant toute la vie du contrat.

Jusqu'à la promulgation de la loi du 31 décembre 1989, l'article L. 113-2 du code des assurances prévoyait que devaient être déclarées à l'assureur « les circonstances spécifiées dans la police qui ont pour conséquence d'aggraver les risques ». Depuis cette loi, l'article L. 113-2 3° du code des assurances impose à l'assuré de « déclarer, en cours de contrat, les circonstances nouvelles qui ont pour conséquence soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux et rendent de ce fait inexactes ou caduques les réponses faites à l'assureur, notamment dans le formulaire mentionné [à l'article L. 113-2 2°] ».

Déjà tenu, en vertu de l'article L. 113-2 2° du code des assurances, de répondre exactement aux questions posées – notamment – dans le formulaire de déclaration du risque lors de la conclusion du contrat d'assurance, il incombe à l'assuré de signaler ensuite à l'assureur, fût-ce avant la conclusion du contrat, les circonstances nouvelles, connues de lui, qui ont pour conséquence d'aggraver le risque ou d'en créer de nouveaux et qui rendent caduques ou inexactes les déclarations initiales (2<sup>e</sup> Civ., 22 janvier 2004, *Bull.* 2004, II, n° 12, pourvoi n° 02-20.532). Ce que l'assureur souhaite donc connaître pour prévenir toute fraude, ce sont les circonstances nouvelles analogues à celles qui étaient envisagées lors de la conclusion du contrat.

Pour définir le contenu de l'obligation quant à l'aggravation, la Cour de cassation précise que l'assuré n'a l'obligation de déclarer, en cours de contrat, les circonstances nouvelles ayant pour conséquence d'aggraver les risques ou d'en créer de nouveaux que lorsqu'elles rendent, de ce fait, inexactes ou caduques les réponses faites, lors de la conclusion du contrat, aux questions posées par l'assureur (1<sup>re</sup> Civ., 24 juin 1997, *Bull.* 1997, I, n° 207, pourvoi n° 95-17.994).

Si les conditions de l'article L. 113-2 3° sont réunies, les juges du fond apprécient souverainement le caractère intentionnel de la réticence de l'assuré concernant la déclaration de circonstances nouvelles (2<sup>e</sup> Civ., 22 janvier 2004, déjà cité).

**1.1.1.1.4. Obligation d'information en matière de produits financiers : le droit de savoir en matière d'investissement soumis à un aléa boursier**

Certains investissements sont affectés d'un aléa boursier qui peut être plus ou moins important. Considérable lorsque l'investisseur se livre à des opérations spéculatives, spécialement

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

sur les marchés à terme<sup>58</sup>, l'aléa devient plus faible dans les cas où le placement se réalise en valeurs réputées sûres ou, plus encore, lorsque est proposé à l'investisseur un mécanisme destiné, précisément, à réduire les risques de pertes en capital inhérents aux investissements corrélés aux variations des indices boursiers. Ce même aléa peut surtout, selon les circonstances, être plus ou moins apparent. Manifeste lorsque l'investissement est réalisé par souscription ou acquisition de titres négociés sur les marchés d'instruments financiers, le risque de perte en capital devient en effet plus discret dans les hypothèses où l'opération prend la forme d'une souscription de parts ou d'actions d'organismes de placement collectifs en valeurs mobilières<sup>59</sup> ou, plus encore, dans les cas où l'investisseur choisit de placer son épargne dans un contrat d'assurance-vie libellé en unités de comptes.

Il paraît ainsi conforme tout à la fois au souci pratique de protection des investisseurs et à l'exigence juridique d'un consentement éclairé que cet aléa soit, toutes les fois qu'il existe, porté à la connaissance de l'investisseur. Tel est donc, en la matière, l'objet du droit de savoir : l'investisseur est en droit d'être informé de l'aléa affectant son placement. Il ne s'agit pas, cependant, d'un droit subjectif autonome mais seulement de l'idée théorique qui inspire l'instauration, à la charge des différents intermédiaires financiers – aujourd'hui regroupés dans la catégorie des prestataires de services d'investissement<sup>60</sup> – de diverses obligations d'information. Techniquement, le droit de savoir de l'investisseur n'existe pas en tant que tel : seules existent des obligations d'informer et, si l'on tient à traduire ces obligations en droits, il faut prendre garde qu'il ne s'agit que de droits de créance, c'est-à-dire de droits personnels patrimoniaux, et plus précisément de créances contractuelles.

C'est en effet principalement sur le fondement de l'article 1147 du code civil et de la responsabilité contractuelle des intermédiaires que s'est élaborée la jurisprudence et ce n'est que récemment que les arrêts ont associé à ce texte général les textes spéciaux régissant les obligations professionnelles des intermédiaires<sup>61</sup>. Cette évolution est sans doute remarquable en ce que la Cour de cassation accepte ainsi de faire entrer dans les droits et obligations contractuels les règles de bonne conduite édictés par les textes et règlements boursiers<sup>62</sup>. Il reste cependant que ceux-ci, outre qu'ils sont apparus tardivement, ont fait l'objet de modifications diverses : codification, transfèrement d'un règlement à un autre, nouvelle numérotation, nouvelle rédaction, etc. C'est ainsi en particulier que l'article L. 533-4 du code monétaire et financier, sur lequel se fondent un certain nombre d'arrêts récents, a reçu, avec l'ordonnance du 12 avril 2007, une nouvelle affectation et que ses dispositions ne

58. Remplacés depuis 2000 par les « ordres avec service de règlement et de livraison différé » (OSRD) : voir articles 516-1 et suivants du règlement général de l'Autorité des marchés financiers.

59. OPCVM : fonds communs de placement (FCP) ou sociétés d'investissement à capital variable (SICAV).

60. PSI : voir les articles L. 531-1 et suivants du code monétaire et financier.

61. Au texte général de l'article 58 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996, de modernisation financière, devenu article L. 533-4 du code monétaire et financier, il faut ajouter, pour la période antérieure à l'actuel règlement général de l'Autorité des marchés financiers, le règlement général du Conseil des marchés financiers ainsi que différents règlements de la Commission des opérations de bourse.

62. Cf. aussi, s'agissant de l'obligation de couverture des opérations à terme : Com., 26 février 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 42, pourvoi n° 07-10.761 ; Com., 1<sup>er</sup> juillet 2008, pourvoi n° 07-16.461.

se retrouvent pas à l'identique dans les règles de bonne conduite aujourd'hui insérées aux articles L. 533-11 et suivants du même code. De sorte que l'une des questions qui se posent est celle de savoir si, en l'état de cette évolution des textes, les solutions jurisprudentielles actuelles pourront et devront être reconduites.

On ne tentera pas ici de répondre à cette question et l'on s'en tiendra à un exposé de ces solutions, sans préjuger de leur avenir mais en les envisageant sous l'angle du droit de savoir de l'investisseur. Or ce droit se présente différemment selon que l'investissement proposé présente (1.1.1.4.1.) ou non (1.1.1.4.2.) un caractère spéculatif.

#### 1.1.1.4.1. Le droit de savoir de l'investisseur en cas d'investissement spéculatif

En présence d'un investissement spéculatif, le droit de l'investisseur est de connaître les risques particuliers qu'il encourt. Il résulte en effet d'une jurisprudence bien établie que l'intermédiaire financier est tenu, quelle que soit la nature des relations contractuelles qu'il entretient avec son client, de mettre en garde celui-ci contre les risques encourus dans les opérations spéculatives, hors le cas où il en a déjà connaissance<sup>63</sup>. L'existence de cette obligation, et donc du droit corrélatif, suppose ainsi la réunion de deux conditions.

- La première condition, objective, réside dans le caractère spéculatif de l'opération envisagée<sup>64</sup>.

La chambre commerciale a ainsi eu l'occasion d'écarter l'obligation de mise en garde, en raison de l'absence d'opération spéculative, s'agissant par exemple de la souscription de parts de société civile de placement immobilier<sup>65</sup>, de fonds communs de placement<sup>66</sup> ou de SICAV<sup>67</sup>, de la souscription de contrats d'assurance-vie<sup>68</sup> ou encore d'une opération de « *swap* » d'intérêts<sup>69</sup>.

La formule jurisprudentielle classique paraît en outre limiter la notion d'opérations spéculatives à celles qui sont réalisées sur les marchés à terme – ou, dans une formulation plus actuelle, sur le service à règlement différé qui leur a aujourd'hui succédé<sup>70</sup>. Cette précision,

63. Com., 28 octobre 1974, *Bull.* 1974, IV, n° 264, pourvoi n° 72-14.397; Com., 5 novembre 1991, *Bull.* 1991, n° 327, pourvoi n° 89-18.005; Com., 27 janvier 1998, *Bull.* 1998, IV, n° 41, pourvoi n° 93-18.672; Com., 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-69.638.

64. Cf. notamment, outre les arrêts précités, Com., 14 décembre 2004, *Bull.* 2004, IV, n° 222, pourvoi n° 03-10.099.

65. Com., 28 juin 2005, pourvoi n° 03-20.900.

66. Arrêts dits « Bénéfic » : 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; pourvoi n° 05-15.305. Cf. aussi Com., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-14.266; Com., 8 avril 2008, pourvoi n° 07-14.331; Com., 23 juin 2009, pourvoi n° 08-15.567.

67. Com., 5 février 2008, pourvoi n° 06-21.513.

68. Com., 7 juillet 2009, pourvoi n° 08-18.194.

69. Com., 19 juin 2007, *Bull.* 2007, IV, n° 162, pourvoi n° 05-22.037.

70. Com., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-21.922; Com., 18 mai 2010, pourvoi n° 09-13.913.



L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

cependant, est parfois omise<sup>71</sup> et un arrêt a même admis la nécessité d'une mise en garde contre les risques particuliers d'opérations réalisées au comptant sur le nouveau marché, celui-ci présentant un caractère spéculatif en raison de la nature même des sociétés cotées<sup>72</sup>.

- La seconde condition, subjective, tient à l'absence de connaissance des risques par l'investisseur, c'est-à-dire à sa qualité d'opérateur non averti.

Très logiquement, l'intermédiaire financier n'est en effet tenu d'aucune obligation de mise en garde à l'égard de l'opérateur averti, défini comme celui qui est d'ores et déjà pleinement informé des risques inhérents aux opérations spéculatives qu'il se propose d'effectuer<sup>73</sup>. La Cour de cassation, cependant, s'en tient en principe à une connaissance générale des risques et refuse d'imposer aux juges du fond la tâche de rechercher si l'opérateur averti était en outre spécialement informé des risques particuliers présentés par telle opération déterminée<sup>74</sup>.

La mise en garde devant être adressée au client dès l'origine des relations contractuelles, c'est en principe à ce moment qu'est appréciée la qualité d'opérateur averti dispensant de cette obligation<sup>75</sup>. Cette appréciation est fonction de la compétence personnelle<sup>76</sup> de l'investisseur lors de l'ouverture du compte, telle que celle-ci peut être établie, notamment, par la teneur des courriers adressés au prestataire<sup>77</sup>. La qualité d'opérateur averti ne peut en revanche se déduire du simple fait que l'opérateur a immédiatement entrepris des opérations spéculatives fréquentes pour des montants importants<sup>78</sup>. Cette même qualité, cependant, peut aussi s'acquérir par l'expérience et le défaut initial de mise en garde est, en quelque sorte, couvert, s'il apparaît que les opérations génératrices de pertes ont été réalisées après que l'investisseur fut devenu averti<sup>79</sup>. En ce sens, les arrêts actuels montrent l'existence d'une alternative en exigeant des juges du fond qu'ils recherchent si l'investisseur, ou bien avait une connaissance suffisante des risques lors de l'ouverture de son compte, ou bien avait acquis une telle connaissance lors des opérations génératrices de pertes<sup>80</sup>.

71. Com., 14 décembre 2004, *Bull.* 2004, IV, n° 222, pourvoi n° 03-10.099 : « le banquier teneur de comptes-titres n'est pas tenu, en l'absence d'opérations spéculatives, à une obligation de mise en garde envers son client ».

72. Com., 26 mars 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 69, pourvoi n° 07-11.554. L'arrêt, cependant, se borne à reprendre sur ce point un motif de l'arrêt attaqué que ne critiquait pas le pourvoi.

73. Cf. notamment Com., 22 mai 2001, *Bull.* 2001, IV, n° 94, pourvoi n° 98-14.087.

74. Com., 14 juin 2005, pourvoi n° 03-15.379 (risque particulier présenté par une vente à terme de devises, alors que la tendance était à la hausse). Cf. cependant Com., 23 février 1993, *Bull.* IV, n° 68, pourvoi n° 91-10.960 (risques particuliers des opérations de stellage).

75. Com., 8 juillet 2003, pourvoi n° 01-17.710.

76. Com., 9 avril 1996, pourvoi n° 94-15.668 : l'intermédiaire n'est pas dispensé de son obligation par la circonstance que le mandataire de ses clients était averti.

77. Com., 8 juillet 2003, *Bull.* 2003, IV, n° 118, pourvoi n° 00-18.941 : « lettre dans laquelle il tenait les propos d'un "opérateur en bourse chevronné" ».

78. Com., 4 juillet 2006, pourvoi n° 05-10.967 ; Com., 12 février 2008, pourvoi n° 07-10.038.

79. Com., 27 janvier 1998, *Bull.* 1998, IV, n° 41, pourvoi n° 93-18.672 ; Com. 22 mai 2001, *Bull.* IV, n° 94, pourvoi n° 98-14.087 ; Com., 14 décembre 2004, *Bull.* 2004, IV, n° 221, pourvoi n° 02-13.638 ; Com., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-11.209 ; Com., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-21.922 ; Com., 18 mai 2010, pourvoi n° 09-13.913.

80. Com., 4 juillet 2006, pourvoi n° 05-10.967 ; Com. 12 février 2008, pourvoi n° 07-10.038 ; Com., 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-69.638.

La notion d'opérateur averti est contrôlée par la chambre commerciale qui veille à ce que les juges du fond n'en retiennent pas une vision trop large. Les juges du fond ne peuvent ainsi se borner à relever que l'investisseur ne saurait prétendre totalement ignorer le fonctionnement des marchés boursiers<sup>81</sup> ou qu'il était titulaire, lors de l'ouverture du compte, d'un portefeuille de SICAV ainsi que d'un portefeuille d'actions<sup>82</sup>. Est en revanche approuvée la cour d'appel qui retient que la qualité d'opérateur averti ne résulte pas de la qualification d'avocat titulaire d'un DEA de droit des affaires<sup>83</sup>. Quant à la preuve, elle ne peut notamment résulter des seules mentions, recopiées par l'investisseur à l'initiative du prestataire, par lesquelles il certifie être un investisseur qualifié<sup>84</sup>.

#### 1.1.1.1.4.2. Le droit de savoir de l'investisseur en cas d'investissement non spéculatif

En présence d'un investissement non spéculatif, le droit de l'investisseur est seulement celui d'être exactement et complètement informé des caractéristiques du placement proposé. Telle est en particulier la solution consacrée, sur le fondement du droit commun de l'article 1147 du code civil, dans les arrêts dits « Bénéfic » du 19 septembre 2006<sup>85</sup>. On passe alors de la mise en garde au simple renseignement, à l'information *stricto sensu*. Encore faut-il, néanmoins, que celle-ci réponde à deux conditions.

- Il faut, en premier lieu, que l'information soit adaptée à son destinataire.

Cette exigence, qui résultait clairement de l'ancien article L. 533-4 du code monétaire et financier, est elle-même source, à la charge de l'intermédiaire, d'une obligation de s'informer pour informer consacrée par ce texte<sup>86</sup>. Sont par suite censurées les décisions qui écartent la faute de l'intermédiaire par des motifs desquels il ne résulte ni qu'il avait, lors de l'ouverture du compte, procédé à l'évaluation de la situation financière de son client, de sa situation patrimoniale et de ses objectifs, ni qu'il lui avait fourni une information adaptée

81. Com., 8 juillet 2003, pourvoi n° 01-17.710.

82. Com., 15 septembre 2009, pourvoi n° 08-14.398. Cf. Com., 12 février 2008, *Bull.* 2008, n° 31, pourvoi n° 06-20.835 : la qualité d'opérateur averti ne résulte pas du fait que la cliente « était également titulaire d'un compte d'épargne en actions et d'un compte titre et qu'elle a précisé avoir l'habitude de passer ses ordres par téléphone ».

83. Com., 26 mars 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 69, pourvoi n° 07-11.554.

84. Com., 12 février 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 31, pourvoi n° 06-20.835 ; Com. 5 mai 2009, pourvoi n° 08-14.983 ; Com. 23 juin 2009, pourvoi n° 07-22.032 ; Com., 15 septembre 2009, pourvoi n° 08-14.398 ; Com., 13 octobre 2009, pourvoi n° 08-15.364.

85. 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 ; pourvoi n° 05-15.305. Cf. aussi Com., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-14.266 ; Com., 8 avril 2008, pourvoi n° 07-14.331 ; Com., 23 juin 2009, pourvoi n° 08-15.567.

86. Ainsi que par l'article 3-3-5 du règlement général du Conseil des marchés financiers, que visent un certain nombre d'arrêts au côté de l'article 1147 du code civil et de l'article L. 533-4 du code monétaire et financier.

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

en fonction de cette évaluation<sup>87</sup>. L'information due est donc susceptible de varier en fonction de la personne de l'investisseur mais, si la connaissance que celui-ci peut avoir des marchés boursiers n'est pas indifférente<sup>88</sup>, il suffit qu'il soit à même de connaître les caractéristiques essentielles de l'orientation boursière de son placement et de prendre la mesure du risque auquel l'expose son choix<sup>89</sup>.

Le prestataire de services n'a pas en principe à aller au-delà de cette information objective et, bien que les textes aient pu paraître y inciter, la Cour de cassation n'a jamais jusqu'ici retenu que l'investisseur était en outre créancier d'un devoir de conseil obligeant le prestataire à orienter positivement ses choix<sup>90</sup>. Il reste, cependant, d'une part, que l'application des textes spéciaux conduit parfois à exiger que le placement proposé soit adapté à la situation de l'emprunteur<sup>91</sup> et, d'autre part, que la responsabilité de l'intermédiaire peut être retenue toutes les fois qu'il est établi, en fait, qu'un conseil a été donné et qu'il était mauvais<sup>92</sup>.

- Il faut, en second lieu, que l'information soit exacte, sincère et complète.

À ce titre, elle doit, d'abord et principalement, indiquer les risques inhérents aux fluctuations boursières du placement proposé qui constituent la contrepartie des gains espérés<sup>93</sup> et faire notamment apparaître, le cas échéant, l'existence de risques de pertes en capital. Sur ce dernier point, cependant, la chambre commerciale ne se montre pas très exigeante en admettant que l'investisseur est suffisamment informé dès lors que la mention selon laquelle le capital était protégé jusqu'à un certain pourcentage de baisse de l'indice boursier de référence impliquait qu'il ne l'était pas au-delà, peu important que l'attention du souscripteur n'ait pas spécialement été attirée sur cet élément<sup>94</sup>.

L'information doit, ensuite, ne pas être brouillée par les indications des documents publicitaires relatifs au placement proposé. La chambre commerciale a ainsi jugé, sur le fondement de l'article 33, alinéa 2, du règlement de la Commission des opérations de bourse

87. Com., 12 février 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 31, pourvoi n° 06-20.835; Com., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-14.983; Com., 13 octobre 2009, 6 arrêts, pourvois n° 08-14.256, 08-14.257, 08-14.258 et 08-15.363, 08-14.259, 08-14.260 et 08-15.364; Com., 2 février 2010, pourvoi n° 08-20.150.

88. Com., 5 février 2008, pourvoi n° 06-21.513.

89. Com., 20 mars 2007, pourvoi n° 05-21.922.

90. Cf., écartant implicitement un tel devoir en jugeant que la cour d'appel n'avait pas à procéder aux recherches qu'il aurait impliquées : Com., 16 juin 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 78, pourvoi n° 08-11.618.

91. Com., 23 juin 2009, pourvoi n° 07-22.032 : s'agissant de la souscription de parts de FCP, sur le fondement de l'article 33 *bis* du règlement de la Commission des opérations de bourse n° 89-02, modifié par le règlement de la Commission des opérations de bourse n° 98-04.

92. Com., 7 avril 2009, pourvoi n° 08-10.059.

93. En matière d'assurance-vie libellée en unités de compte : Com., 16 juin 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 78, pourvoi n° 08-11.618; Com., 7 juillet 2009, pourvoi n° 08-18.194.

94. Cf. spécialement, admettant que le risque de perte en capital se déduit *a contrario* de l'indication selon laquelle le capital est protégé jusqu'à un certain seuil de baisse de l'indice boursier de référence : Com., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-14.266. Cf. aussi Com. 8 avril 2008, pourvoi n° 07-14.331; Com., 23 juin 2009, pourvoi n° 08-15.567.

n° 89-02, relatif aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières<sup>95</sup>, qu'en l'état d'un document publicitaire incomplet, l'information relative au risque de perte ne pouvait résulter de la seule notice visée par la Commission des opérations de bourse – aujourd'hui par l'Autorité des marchés financiers<sup>96</sup>.

Le droit de savoir de l'investisseur est ordinairement sanctionné par l'allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice consistant, non dans les pertes subies du fait des opérations effectuées mais seulement dans la perte d'une chance « d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé<sup>97</sup> ».

#### **1.1.1.1.5. Obligation d'information et droit de la consommation (tromperie et pratique commerciale trompeuse)**

Les consommateurs bénéficient de par la loi d'une obligation générale d'information. Cette règle a été clairement énoncée dans le code de la consommation s'ouvrant, en son titre premier du livre premier relatif à l'information des consommateurs et à la formation des contrats, par les articles L. 111-1 et L. 111-2 aux termes, respectivement, desquels :

- « tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service » ;
- « le professionnel vendeur de biens meubles doit, en outre, indiquer au consommateur la période pendant laquelle il est prévisible que les pièces indispensables à l'utilisation du bien seront disponibles sur le marché. Cette période est obligatoirement portée à la connaissance du professionnel par le fabricant ou l'importateur ».

Ces articles ont récemment fait l'objet de deux importantes modifications, la première consécutive à la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, la seconde avec la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services. Dans son dernier état, l'article L. 111-1 du code de la consommation est ainsi rédigé :

« I – Tout professionnel vendeur de biens doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien.

II – Le fabricant ou l'importateur de biens meubles doit informer le vendeur professionnel de la période pendant laquelle les pièces indispensables à l'utilisation des biens seront disponibles sur le marché. Cette information est obligatoirement délivrée au consommateur par le vendeur, avant la conclusion du contrat.

III – En cas de litige portant sur l'application des I et II, il appartient au vendeur de prouver qu'il a exécuté ses obligations. »

95. « La publicité concernant des OPCVM ou des compartiments doit être cohérente avec l'investissement proposé et mentionner le cas échéant les caractéristiques les moins favorables et les risques inhérents aux options qui peuvent être le corollaire des avantages énoncés. »

96. Com., 24 juin 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 127, pourvoi n° 06-21.798.

97. Com., 10 décembre 1996, *Bull.* 1996, IV, n° 307, pourvoi n° 94-16.082. Cf. Com., 15 septembre 2009, pourvoi n° 08-14.398 : « une chance de pouvoir recourir à des investissements moins risqués ».

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

De même, l'article L 111-2 du même code dispose désormais que :

« I – Tout professionnel prestataire de services doit avant la conclusion du contrat et, en tout état de cause, lorsqu'il n'y pas de contrat écrit, avant l'exécution de la prestation de services, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du service.

II – Le professionnel prestataire de services doit mettre à la disposition du consommateur ou lui communiquer, de manière claire et non ambiguë, les informations suivantes :

- nom, statut et forme juridique, adresse géographique de l'établissement, coordonnées permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement avec lui ;
- le cas échéant, le numéro d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ;
- si son activité est soumise à un régime d'autorisation, le nom et l'adresse de l'autorité l'ayant délivrée ;
- s'il est assujéti à la taxe sur la valeur ajoutée et identifié par un numéro individuel en application de l'article 236 *ter* du code général des impôts, son numéro individuel d'identification ;
- s'il est membre d'une profession réglementée, son titre professionnel, l'État membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel il est inscrit ;
- les conditions générales, s'il en utilise ;
- le cas échéant, les clauses contractuelles relatives à la législation applicable et la juridiction compétente ;
- le cas échéant, l'existence d'une garantie après-vente non imposée par la loi ;
- l'éventuelle garantie financière ou assurance de responsabilité professionnelle souscrite par lui, les coordonnées de l'assureur ou du garant ainsi que la couverture géographique du contrat ou de l'engagement.

Tout professionnel prestataire de services doit également communiquer au consommateur qui en fait la demande les informations complémentaires suivantes :

- en ce qui concerne les professions réglementées, une référence aux règles professionnelles applicables dans l'État membre de l'Union européenne sur le territoire duquel ce professionnel est établi et aux moyens d'y avoir accès ;
- des informations sur leurs activités pluridisciplinaires et leurs partenariats qui sont directement liés au service concerné et sur les mesures prises pour éviter les conflits d'intérêts. Ces informations figurent dans tout document d'information dans lequel le prestataire présente de manière détaillée ses services ;
- les éventuels codes de conduite auxquels il est soumis, l'adresse électronique à laquelle ces codes peuvent être consultés ainsi que les versions linguistiques disponibles ;
- les informations sur les conditions de recours à des moyens extrajudiciaires de règlement des litiges, lorsque ces moyens sont prévus par un code de conduite, un organisme professionnel ou toute autre instance.

III – Au sens du II, un régime d'autorisation s'entend de toute procédure qui a pour effet d'obliger un prestataire ou un destinataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de services ou à son exercice.

IV – Le II du présent article ne s'applique pas aux services mentionnés aux livres I<sup>er</sup> à III et au titre V du livre V du code monétaire et financier ainsi qu'aux opérations pratiquées par les entreprises régies par le code des assurances, par les mutuelles et unions régies par le livre II du code de la mutualité et par les institutions de prévoyance et unions régies par le titre III du livre IX du code de la sécurité sociale.

V – En cas de litige sur l'application des I et II du présent article, il appartient au prestataire de prouver qu'il a exécuté ses obligations. »

Sur le plan pénal, le non-respect de l'obligation d'information qui pèse sur le vendeur de biens ou de services est sanctionné par la mise en œuvre de plusieurs délits, parmi lesquels la tromperie (1.1.1.1.5.1.) et le délit de publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur, cette dernière étant englobée sous la nouvelle qualification de pratique commerciale trompeuse, issue de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 (1.1.1.1.5.2.). L'examen de la jurisprudence témoigne de la rigueur avec laquelle il est fait application des dispositions en vigueur en ce qu'elles tendent à assurer la protection des consommateurs et, plus largement, à favoriser la sécurité des échanges.

#### 1.1.1.1.5.1. La tromperie

Il résulte de l'article L. 213-1 du code de la consommation que « sera puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 37 500 euros au plus ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers :

1° Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ;

2° Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ;

3° Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre. »

Le délit de tromperie est une infraction intentionnelle et la jurisprudence, notamment celle de la chambre criminelle, veille au respect de ce principe comme en témoignent les nombreuses décisions rendues sur ce point.

Ont ainsi été considérés comme ayant suffisamment caractérisé l'élément intentionnel, les arrêts qui ont :

– déduit souverainement la mauvaise foi du fait que le prévenu n'avait pas effectué les vérifications qui lui incombait (Crim., 12 avril 1976, *Bull. crim.* 1976, n° 113, pourvoi n° 75-91.883 ; Crim., 11 octobre 1989, *Bull. crim.* 1989, n° 355, pourvoi n° 88-87.168 ; Crim., 17 mars 1993, *Bull. crim.* 1993, n° 123, pourvois n° 92-81.801 et 92-81.801 ; Crim., 17 janvier 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 30, pourvoi n° 93-83.887) ;

– recherché si la mauvaise foi du prévenu ne résultait pas du défaut de vérification de l'origine et de la composition du produit qu'il avait commercialisé (Crim., 21 janvier 2003, *Bull. crim.* 2003, n° 15, pourvoi n° 02-81.660) ;

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

- déduit l'élément moral de l'absence ou de l'insuffisance des contrôles du produit par le fabricant, avant sa mise en vente;
- retenu qu'un professionnel, en cette qualité, était tenu de s'assurer de la conformité de son produit à la réglementation en vigueur (Crim., 4 mars 2003, pourvoi n° 02-80.652).

Plus récemment, la Cour de cassation a fait ressortir que l'élément intentionnel peut résulter de l'insuffisance du contrôle du professionnel sur le véhicule qu'il vend à un particulier. Ainsi, à propos de la vente d'un véhicule par un garagiste à un particulier, elle a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt ayant déclaré le premier coupable de tromperie dès lors que les énonciations des juges permettaient de retenir que les contrôles sur la sécurité du véhicule n'avaient pas été suffisants, que cela ne ressortait pas suffisamment du contrôle technique pour un particulier alors que cela était évident pour le professionnel qu'était le prévenu (Crim., 9 septembre 2008, pourvoi n° 08-80.390).

Commet une tromperie au sens de ce texte, quiconque dit ou suggère sciemment à un tiers des informations inexactes et relatives aux qualités substantielles de l'objet de la convention.

Plusieurs décisions illustrent les cas dans lesquels la Cour de cassation sanctionne le non-respect de son obligation d'information par le vendeur en considérant que ce non-respect a eu pour conséquence de tromper les tiers sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles des marchandises.

Il en est ainsi avec le rejet du pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel qui, pour déclarer le prévenu coupable de tromperie, après avoir énoncé que les dispositions de droit communautaire applicables interdisent la mise sur le marché, en vue de la vente au grand public, des produits siccatifs contenant des composés de plomb toxiques pour la reproduction, retient que les siccatifs fabriqués par la société étaient offerts à la vente dans dix-huit magasins en libre-service et qu'ils étaient présentés dans des flacons dont l'étiquetage ne mentionnait pas de façon visible que l'usage était réservé aux professionnels et ajoute que, si des avis ponctuels ont été fournis, à certains clients, sur les risques des produits, il n'est pas possible d'en déduire une attitude générale et constante de précaution et d'information (Crim., 7 novembre 2006, pourvoi n° 06-82.178). En l'espèce, la Cour a ainsi admis la motivation de la cour d'appel selon laquelle le délit de tromperie était constitué puisqu'il apparaissait bien que les clients de la société avaient été trompés par la mise sur le marché d'un produit, qui ne devait pas être vendu à tout public, et qui ne comportait pas de précisions suffisantes sur ce point.

D'autres exemples peuvent être cités :

- celui du rejet du pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel ayant déclaré coupable de tromperie une société de commercialisation de gibier pour avoir trompé les consommateurs en proposant à la vente, comme fraîches, des viandes décongelées (Crim., 15 avril 2008, pourvoi n° 07-84.187);
- celui du rejet d'un pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel ayant déclaré un négociant en vins coupable de tromperie sur les qualités substantielles d'un produit pour avoir commercialisé un vin ne correspondant pas à l'annonce qui en était faite et qui est le résultat d'un coupage (Crim., 13 janvier 2009, pourvoi n° 08-82.780);

– ou encore celui du rejet du pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel ayant déclaré coupable de tromperie le président d'une société de matériel optique pour avoir délivré des informations fausses sur l'indice de classement de lunettes de soleil (Crim., 7 avril 2009, pourvoi n° 08-86.999).

Un dernier arrêt doit être rappelé, par lequel la Cour a précisé que le délit de tromperie est constitué par le gérant d'une concession automobile qui a vendu des véhicules en mentionnant sur les factures qu'ils étaient équipés d'un moteur de 90 cv, au lieu de 75 cv, la puissance d'un véhicule en constituant une qualité substantielle (Crim., 20 octobre 2009, pourvoi n° 09-83.678).

L'appréciation des faits se fera au cas par cas, ce qui peut aboutir à la relaxe du prévenu. A été, ainsi, rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait relaxé une société exploitant des bassins ostréicoles et ayant proposé à la vente des huîtres en provenance d'Irlande, de Jersey et du Royaume-Uni avec un étiquetage « élevées en France », dès lors que le règlement communautaire applicable ne permettait pas de définir la nature de l'incrimination – il indiquait en effet que le produit devait porter le nom de l'État dans lequel s'était déroulée « la phase de développement final du produit » sans définir ce qu'il fallait entendre par là (Crim., 24 février 2009, pourvoi n° 08-85.283).

Il convient, par ailleurs, de préciser qu'amenée à se prononcer sur le champ d'application de l'infraction, la Cour de cassation a énoncé que l'obligation de prodiguer une information sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles des marchandises concerne non seulement les relations entre professionnels et particuliers mais également les relations entre professionnels. C'est ainsi que, à propos de l'absence d'information par une société spécialisée dans la récupération des métaux de la présence d'uranium dans des têtes de robot en métal dont le traitement avait été confié à une autre société, la chambre criminelle a décidé qu'encourt la cassation l'arrêt de la chambre de l'instruction qui, pour dire n'y avoir lieu à suivre du chef de tromperie, « retient que l'article L. 213-1 du code de la consommation ne s'applique pas aux relations entre professionnels » (Crim., 4 novembre 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 223, pourvoi n° 07-88.007). Cet arrêt se situe dans le prolongement d'une jurisprudence qui ne paraît pas avoir limité l'application de l'article L. 213-1 aux seules relations contractuelles entre un professionnel et un consommateur. En effet, la Cour a déjà rejeté les pourvois formés contre des arrêts ayant retenu le délit de tromperie à l'occasion de la vente de tourteaux de tournesol à une entreprise ainsi qu'à des associations et à des groupements (Crim., 28 mai 2003, pourvoi n° 02-86.086), de la vente de poissons à une société de négoce d'aliments (Crim., 18 novembre 2003, pourvoi n° 02-88.451), de la vente à une société, pour être distribués en France, de médicaments frauduleusement importés ou frauduleusement mis en conformité (Crim., 19 mars 2008, pourvoi n° 07-86.137).

Cependant, la connaissance qu'aurait pu avoir la victime, lorsqu'elle a contracté, de l'inexactitude des informations données fait obstacle à la répression, celle-ci ne pouvant prétendre alors avoir été trompée par son interlocuteur (Crim., 3 septembre 2002, pourvoi n° 01-84.006). Dans un arrêt très récent, la chambre criminelle a ainsi considéré que justifie sa décision de relaxe des prévenus du chef de tromperie la cour d'appel qui constate que les parties civiles avaient connaissance de ce que les semences commercialisées ne figuraient



pas dans le catalogue officiel du ministère de l'agriculture, ce dont il résultait que l'élément matériel de l'infraction faisait défaut (Crim., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-85.086).

#### 1.1.1.1.5.2. La publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur, devenue pratique commerciale trompeuse

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, l'article L. 121-1 du code de la consommation disposait que : « est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après ; existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires ». L'infraction supposait ainsi la constatation, par les juges du fond, d'une affirmation fausse ou du caractère trompeur des affirmations contenues dans une publicité.

La chambre criminelle a précisé la nature des éléments constitutifs du délit en indiquant que « les éléments matériel et moral du délit de publicité de nature à induire en erreur procèdent du seul caractère trompeur, *qui peut résulter d'une faute de négligence ou d'imprudence*, de l'un ou l'autre des éléments d'information » (Crim., 19 octobre 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 245, pourvoi n° 04-82.218), ce dont il résulte que le délit prévu à l'article L. 121-1 du code de la consommation peut se caractériser par une faute pénale d'imprudence ou de négligence qui s'infère des circonstances matérielles de la commission des faits reprochés.

La jurisprudence témoigne d'une conception très large de la publicité puisqu'elle estime que le texte de l'article L. 121-1 vise « tout moyen d'information destiné à permettre aux clients potentiels de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou services qui lui sont proposés » (Crim., 14 octobre 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 262, pourvoi n° 98-80.527 ; Crim., 6 mai 1998, pourvoi n° 97-83.023 ; Crim., 2 mai 2001, pourvoi n° 00-84.043).

Plus récemment, la chambre criminelle a, par exemple, considéré que justifient leur décision les juges du fond qui, pour condamner le dirigeant de sociétés de déménagement fonctionnant comme une seule et même entité, retiennent que les publicités parues, pour ces entreprises, dans les pages jaunes de l'annuaire du téléphone comportent une présentation de nature à induire en erreur le consommateur quant à la réalité de la concurrence qu'il peut légitimement faire jouer en composant les numéros d'appel distincts des sociétés mentionnées dans lesdites publicités (Crim., 20 mars 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 86, pourvoi n° 05-85.253).

Dans plusieurs décisions, la Cour de cassation a estimé que cette appréciation du caractère trompeur de la publicité relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (Crim., 15 octobre 1997, *Bull. crim.* 1997, n° 338, pourvoi n° 96-80.228 ; Crim., 15 février 2000, pourvoi n° 99-81.200 ; Crim., 20 juin 2000, pourvoi n° 99-83.975 ; Crim., 24 mars 2009,

pourvoi n° 08-86.534). Leurs décisions n'encourent pas de griefs, pourvu qu'ils aient, sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont ils étaient saisis et caractérisé en tous leurs éléments, tant matériel qu'intentionnel, le délit dont ils ont déclaré le prévenu coupable (Crim., 17 novembre 2009, pourvoi n° 09-82.678; Crim., 6 octobre 2009, pourvoi n° 08-87.757; Crim., 5 mai 2009, pourvoi n° 08-86.197).

Les lois n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs et n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie – qui ont transposé en droit interne la Directive 2005/29/CE du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur – ont sensiblement modifié le dispositif législatif relatif aux pratiques commerciales dans le sens d'une plus grande protection des consommateurs.

En premier lieu, a été créé un chapitre préliminaire intitulé « Pratiques commerciales déloyales » qui comporte un seul et nouvel article (article L. 120-1 du code de la consommation) aux termes duquel « une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ».

En second lieu, l'article L. 121-1 du même code, auquel renvoie expressément l'article L. 120-1, détaille, au sein du chapitre premier relatif aux « Pratiques commerciales réglementées », les circonstances dans lesquelles une pratique commerciale peut être qualifiée de trompeuse. Il énonce ainsi :

« I – Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes :

1° Lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent ;

2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants :

- a) L'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ;
- b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service ;
- c) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service ;
- d) Le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation ;
- e) La portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services ;
- f) L'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel ;
- g) Le traitement des réclamations et les droits du consommateur ;

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

3° Lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable.

II – Une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte.

Dans toute communication commerciale constituant une invitation à l'achat et destinée au consommateur mentionnant le prix et les caractéristiques du bien ou du service proposé, sont considérées comme substantielles les informations suivantes :

1° Les caractéristiques principales du bien ou du service ;

2° L'adresse et l'identité du professionnel ;

3° Le prix toutes taxes comprises et les frais de livraison à la charge du consommateur, ou leur mode de calcul, s'ils ne peuvent être établis à l'avance ;

4° Les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations des consommateurs, dès lors qu'elles sont différentes de celles habituellement pratiquées dans le domaine d'activité professionnelle concerné ;

5° L'existence d'un droit de rétractation, si ce dernier est prévu par la loi.

III – Le I est applicable aux pratiques qui visent les professionnels. »

La chambre criminelle a eu l'occasion de se prononcer sur ces nouvelles dispositions, notamment à travers trois décisions des 15 et 16 décembre 2009 et 15 juin 2010.

Dans la première décision, elle a considéré que justifie sa décision, au regard des dispositions tant de l'article L. 120-1 du code de la consommation issu des lois des 3 janvier et 4 août 2008 que de l'article L. 121-1 dudit code dans la rédaction résultant de ces textes, la cour d'appel qui, saisie de poursuites à l'encontre d'une société de téléphonie et de son dirigeant pour publicité de nature à induire en erreur, retient que, pour convaincre les consommateurs prospectés par téléphone de changer d'opérateur téléphonique, les agents commerciaux mandatés par la société développaient au téléphone un argumentaire relatif aux tarifs des communications à la seconde ne comportant de précision ni sur le coût de chaque connexion, ni sur celui des paiements par chèque et sur le montant mensuel minimum de la facturation ; que les plaquettes publicitaires envoyées par courrier aux personnes démarchées, qui ne précisaient ni l'adresse du siège de la société et la durée de validité des offres, ni l'existence du droit de rétractation, fournissaient aux consommateurs une information parcellaire sur les tarifs réellement pratiqués, et comportaient des précisions difficiles à trouver, en raison de leur localisation et de la police de caractères employée, sur la nature exacte des engagements des parties (Crim., 15 décembre 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 212, pourvoi n° 09-83.059).

Elle a ensuite rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel ayant déclaré une société coupable de publicité de nature à induire en erreur pour avoir diffusé un catalogue comportant un message publicitaire de nature à induire en erreur le consommateur, en

l'espèce, en ayant présenté l'accès à la piscine de la résidence de vacances comme étant libre alors que cet accès comportait d'importantes restrictions d'horaires (Crim., 16 décembre 2009, pourvoi n° 07-86.584).

Dans la troisième décision, elle a considéré que justifie sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer une société de téléphonie coupable de publicité de nature à induire en erreur, relève que la personne morale a, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, omis, dissimulé ou fourni de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle, en ne signalant pas l'existence d'un risque d'incompatibilité des lignes lors de la souscription de l'abonnement (Crim., 15 juin 2010, pourvoi n° 09-84.222).

Il convient enfin de préciser que les deux infractions de tromperie et de publicité de nature à induire en erreur peuvent se cumuler. Ainsi, la chambre criminelle a-t-elle relevé que commet cumulativement le délit de publicité de nature à induire en erreur et celui de tromperie, le voyageur qui a fait diffuser une publicité comportant des allégations fausses ou de nature à induire en erreur et qui trompe volontairement les cocontractants sur la nature des prestations fournies (Crim., 4 mai 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 105, pourvoi n° 03-83.787).

### **1.1.1.2. Contrat de travail**

S'il y a bien un domaine dans lequel pullulent les obligations d'information, révélatrices de divers droits de savoir, c'est le droit du travail. De nombreux droits de savoir sont ainsi reconnus lors de la formation du contrat de travail (1.1.1.2.1.), lors de son exécution (1.1.1.2.2.) mais aussi lors de sa rupture (1.1.1.2.3.).

#### **1.1.1.2.1. Le droit de savoir lors de la formation du contrat de travail**

La formation du contrat de travail – à l'égard de laquelle l'importance de l'écrit doit être signalée (1.1.1.2.1.2.) – fait naître une obligation d'information qui pèse sur les deux parties au contrat (1.1.1.2.1.1.). Est ainsi consacré le droit de connaître les éléments essentiels du contrat de travail (1.1.1.2.1.3.).

##### **1.1.1.2.1.1. Une obligation qui pèse sur les deux parties au contrat**

L'instauration de la relation de travail est naturellement source d'échange d'informations, dont la nature et le contenu sont encadrés. Ainsi, lors de la procédure d'engagement, les informations demandées par l'employeur au candidat ne peuvent avoir d'autres finalités que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles et seuls des éléments ayant un lien direct et nécessaire avec ces finalités peuvent être sollicités (article L. 1225-6, alinéa 1 et 2, du code du travail). Certaines investigations sont même interdites, comme rechercher ou faire rechercher toutes informations concernant l'état de grossesse de la candidate (article L. 1225-1, alinéa 2, du code du travail). De son côté, le candidat est tenu de répondre de bonne foi aux demandes de l'employeur (article L. 1221-6, alinéa 3, du code du travail) et la fourniture de renseignements inexacts lors de l'embauche peut constituer un manquement à l'obligation de loyauté susceptible d'entraîner la nullité du contrat de travail si elle constitue un dol (Soc., 30 mars 1999, *Bull.* 1999, V, n° 142, pourvoi

n° 96-42.912). De façon classique, il est nécessaire, dans une telle hypothèse, de démontrer que l'employeur n'aurait pas engagé le salarié si les manœuvres invoquées n'avaient pas existé (Soc., 5 octobre 1994, *Bull.* 1994, V, n° 256, pourvoi n° 93-43.615; Soc., 16 juin 1998, pourvois n° 97-41.999 et 96-41.223, pour des documents soumis à expertise graphologique alors que le salarié ne les avait pas écrits de sa main).

Le salarié peut également être délié de l'obligation de répondre à certaines demandes d'information lorsque celles-ci constituent des intrusions injustifiées. Ainsi, la candidate enceinte n'est pas tenue de révéler son état de grossesse (article L. 1225-2 du code du travail). De même, les renseignements liés à l'état de santé du candidat à un emploi ne peuvent être confiés qu'au médecin chargé, en application de l'article R. 4624-10 du code du travail, de l'examen médical d'embauche, de sorte que lorsque l'employeur décide de l'engagement du salarié avant l'accomplissement de cet examen, il ne peut se prévaloir d'un prétendu dol du salarié quant à son état de santé ou à son handicap, que ce dernier n'est d'ailleurs pas tenu de lui révéler (Soc., 21 septembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 262, pourvoi n° 03-44.855).

#### 1.1.1.2.1.2. L'importance de l'écrit

En matière de formation du contrat, l'écrit reste un vecteur privilégié pour l'information des parties. Certes, l'article L. 1221-1 du code du travail pose le principe selon lequel le contrat de travail est établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter. Mais les exceptions légales à la liberté contractuelle sont toutefois nombreuses, notamment en cas de travail précaire, où la loi impose le recours à l'écrit et en fixe le contenu. En outre, certaines dispositions d'un contrat à durée indéterminée devront malgré tout être fixées par écrit. C'est par exemple le cas de la période d'essai, qui doit être expressément stipulée dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail (article L. 1221-23 du code du travail) ou de la convention individuelle de forfait (article L. 3121-40 du code du travail), la loi du 20 août 2008 ayant généralisé l'exigence de la jurisprudence quant à la nécessité d'un écrit pour la conclusion d'une convention de forfait applicable à un cadre (Soc., 26 mars 2008, *Bull.* 2008, V, n° 71, pourvoi n° 06-45.990)

S'agissant des contrats de travail à temps partiel (article L. 3123-14, alinéa 1, du code du travail), comme du travail intermittent (article L. 3123-33 du code du travail), le recours à l'écrit est obligatoire, la loi imposant ensuite la mention dans le contrat de travail, notamment, de la qualification du salarié, de sa rémunération, et surtout de la durée du travail, des horaires et de leur répartition. La précision de ces informations est essentielle car elle conditionne la possibilité pour le salarié, soit de trouver d'autres emplois ou activités susceptibles d'être cumulés pour obtenir l'équivalent d'un temps complet et la rémunération correspondante, soit d'organiser son temps libre pour assurer d'autres activités, familiales, associatives ou personnelles. L'absence de contrat de travail écrit fait présumer que le contrat de travail est à temps complet, mais il ne s'agit que d'une présomption simple, l'employeur pouvant rapporter la preuve que l'emploi est à temps partiel et que le salarié n'est pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler (Soc., 25 février 2004, *Bull.* 2004, V, n° 63, pourvois n° 01-46.541 et 01-46.394; Soc., 9 octobre 2007, pourvoi n° 06-42.205).

Récemment, la chambre sociale a précisé et renforcé ces exigences relatives au contenu des informations réellement portées à la connaissance du salarié : « le contrat écrit du salarié

à temps partiel doit mentionner la durée hebdomadaire ou, le cas échéant mensuelle prévue et la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois [et] l'absence d'écrit mentionnant la durée du travail et sa répartition fait présumer que l'emploi est à temps complet et qu'il incombe à l'employeur qui conteste cette présomption de rapporter la preuve, d'une part, de la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle convenue, d'autre part que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur » (Soc., 9 avril 2008, *Bull.* 2008, V, n° 84, pourvoi n° 06-41.596). Ainsi, la requalification est encourue lorsque l'information est insuffisante (Soc., 8 avril 2009, pourvoi n° 07-44.267) et l'employeur doit démontrer que les éléments ont été portés à la connaissance du salarié, sans pouvoir se fonder sur des fiches d'horaires ou des bulletins de paie établis après l'exécution du travail (Soc., 1<sup>er</sup> juillet 2009, pourvoi n° 08-43.464).

Le même raisonnement est tenu en matière de travail intermittent : la requalification en contrat de travail à temps plein est encourue, lorsque le contrat ne répond pas aux exigences légales et que ni la durée minimale de travail, ni la répartition des heures de travail au sein des périodes de travail ne sont mentionnées, le salarié devant intervenir au gré des demandes de la clientèle selon des horaires variables, en sorte qu'il est tenu de rester en permanence à la disposition de l'employeur (Soc., 18 juin 2008, pourvoi n° 07-40.123).

Le défaut d'information du salarié sur ses horaires de travail peut donc avoir de lourdes conséquences pour l'employeur défaillant, exposé à des condamnations à titre de rappel de salaire consécutif à la requalification du contrat de travail en contrat à temps complet (Soc., 9 avril 2008, *Bull.* 2008, V, n° 84, pourvoi n° 06-41.596) et à des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse si le salarié a pris acte de la rupture du contrat de travail (Soc., 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-40.965).

Pour les contrats à durée déterminée, le recours à l'écrit est obligatoire, et la sanction en cas de manquement à cette obligation est particulièrement sévère, puisque le contrat est réputé à durée indéterminée (articles L. 1242-12, alinéa 1, *in fine* et L. 1245-1 du code du travail). Le même principe est appliqué en matière de travail temporaire, où l'écrit est obligatoire (article L. 1251-16 du code du travail) et destiné à garantir que les conditions, à défaut desquelles le recours à ce type de contrat est interdit, sont bien réunies (Soc., 7 mars 2000, *Bull.* 2000, V, n° 90, pourvoi n° 97-41.463 ; Soc., 24 mars 2010, *Bull.* 2010, V, n° 74, pourvoi n° 08-45.552). Le régime légal applicable est donc destiné à permettre au salarié en situation de précarité de connaître au mieux et le plus tôt possible les informations lui permettant de connaître ses obligations et d'exercer ses droits. Notons toutefois que la requalification est exclue lorsque le salarié a délibérément refusé de signer le contrat de mission dans une intention frauduleuse (Soc., 24 mars 2010, précité).

Les dispositions relatives au contrat à durée déterminée étant instaurées dans le souci de la protection du salarié, seul ce dernier peut se prévaloir de l'absence d'écrit répondant aux conditions de l'article L. 1245-12 du code du travail, et ni l'employeur (Soc., 16 juillet 1987, *Bull.* 1987, V, n° 481, pourvoi n° 85-45.258), ni un tiers, comme l'Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés (AGS) (Soc., 4 décembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 367, pourvoi n° 00-43.750 ; Soc., 7 avril 2004, *Bull.* 2004, V, n° 106, pourvoi n° 02-40.231), ne peuvent solliciter la requalification en contrat à durée indéterminée

pour un tel motif. Le juge ne peut pas davantage procéder d'office à une requalification en contrat de travail à durée indéterminée (Soc., 7 mai 1996, pourvoi n° 93-42.061).

Les cas de recours au contrat de travail à durée déterminée étant limitativement énumérés par la loi, l'indication dans le contrat du motif de recours est particulièrement importante. L'action de l'employeur est déterminante car, en cas de contestation sur le motif du recours, le litige se trouve limité par les mentions qu'il a apportées sur le contrat (Soc., 4 décembre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 415, pourvoi n° 94-42.987) et il ne peut invoquer un motif autre. En cas de mention inexacte – surcroît exceptionnel d'activité, par exemple – il ne peut pas invoquer un autre cas qui aurait été approprié (Soc., 27 février 2002, pourvoi n° 00-40-735). Si l'article L. 1242-12 énumère de façon très détaillée l'ensemble des mentions que doit comporter le contrat de travail à durée déterminée, elles n'ont pas toutes la même importance. Ainsi, l'omission relative à la mention de la convention collective (Soc., 26 octobre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 399, pourvoi n° 97-42.255) ou de la caisse de retraite et de prévoyance (Soc., 28 février 2001, pourvoi n° 98-45.096) n'entraîne pas la requalification en contrat de travail à durée indéterminée. En revanche, l'omission des mentions relatives au nom et à la qualification du salarié remplacé emporte la requalification (Soc., 1<sup>er</sup> juin 1999, *Bull.* 1999, V, n° 249, pourvoi n° 96-43.617; Soc., 26 octobre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 402, pourvoi n° 97-40.894; Soc., 16 janvier 2002, pourvoi n° 99-45.604; Soc., 30 janvier 2002, pourvoi n° 99-46.375).

Le salarié ne pouvant pas être tenu dans l'incertitude sur les conditions de recours et d'exécution du contrat à durée déterminée, l'employeur dispose de deux jours pleins pour transmettre le contrat écrit au salarié (article L. 1242-13 du code du travail), le jour de l'engagement ne comptant pas, pas plus que le dimanche qui n'est pas un jour ouvrable (Soc., 17 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 203, pourvoi n° 03-42.596). À défaut, la requalification en contrat de travail à durée indéterminée est encourue (Soc., 13 mars 2002, pourvoi n° 00-42.014; Soc., 17 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 203, pourvois n° 03-43.167 et 03-42.596; Soc., 29 octobre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 204, pourvoi n° 07-41.842).

#### 1.1.1.2.1.3. Le droit de connaître les éléments essentiels du contrat de travail

Quelle que soit la nature du contrat conclu, et notamment lorsque aucun écrit n'est établi, l'employeur est, conformément à la Directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, tenu de porter à la connaissance du salarié les éléments essentiels du contrat ou de la relation de travail (article 2), tels que le lieu de travail, la durée du travail, les éléments de rémunération ou les conventions ou accords collectifs régissant la relation de travail. Le droit de connaître sa convention collective (1.1.1.2.1.3.1.) et certaines clauses particulières du contrat (1.1.1.2.1.3.2.) méritent quelques développements.

##### 1.1.1.2.1.3.1. Droit de savoir et convention collective

Les salariés ont un droit propre d'information sur leur statut collectif. En application de l'article R. 2262-1 du code du travail, un exemplaire des conventions et accords collectifs applicables dans l'entreprise doit être tenu à la disposition des salariés qui doivent en outre recevoir au moment de l'embauche une notice d'information sur les textes conventionnels

applicables dans l'entreprise ou l'établissement. À défaut de cette information, les dispositions de la convention qui peuvent emporter des obligations pour le salarié comme celles sur la période d'essai ou le préavis ne lui sont pas opposables (Soc., 6 juillet 1994, *Bull.* 1994, V, n° 225, pourvoi n° 91-41.370; Soc., 28 février 1996, *Bull.* 1996, V, n° 75, pourvoi n° 93-42.058).

En outre, l'absence d'information sur la convention collective applicable cause nécessairement un préjudice au salarié (Soc., 19 mai 2010, pourvoi n° 09-40.265). Cette information doit être réalisée dans les deux mois suivant le début du travail au moyen notamment de la remise d'un contrat de travail écrit, d'une lettre d'engagement, ou d'un document comportant l'ensemble des informations nécessaires (article 3). Ces dispositions ont été transposées avec l'article R. 3243-1 du code du travail qui précise l'ensemble des informations que doit contenir le bulletin de salaire.

La chambre sociale a ainsi rendu un certain nombre de décisions au visa de l'article R. 3243-1 du code du travail, interprété à la lumière de la Directive du 14 octobre 1991, pour définir les conséquences de la mention de la convention collective. Ainsi, la mention sur le bulletin de paie vaut reconnaissance de l'application de la convention collective (Soc., 18 novembre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 499, pourvoi n° 96-42.991; Soc., 26 octobre 1999, pourvois n° 97-44.188 à 97-44.192). En principe, la seule indication sur le bulletin de paie d'un numéro SIRET et d'un code APE ne vaut pas reconnaissance par l'employeur de l'application volontaire d'une convention collective et celle-ci sera déterminée au regard de l'activité réelle de l'entreprise (Soc., 26 septembre 2002, pourvoi n° 00-15.101). Néanmoins, si l'employeur a fait suivre la mention de l'indication d'un code APE entrant dans le champ d'application d'une convention collective de celle : « l'entreprise adhère à la convention collective », cette mention vaudra reconnaissance par l'employeur de ce que cette convention collective est applicable (Soc., 29 avril 2003, *Bull.* 2003, V, n° 143, pourvoi n° 01-42.026). Le salarié, qui peut se prévaloir de l'indication de la convention collective sur le bulletin de paie (Soc., 22 mars 2000, pourvoi n° 97-45.143), peut aussi revendiquer l'application de la convention collective à laquelle l'employeur est assujéti dans les dispositions qui lui sont plus favorables (Soc., 7 mai 2002, *Bull.* 2002, V, n° 154, pourvoi n° 99-44.161). En effet, si dans les relations collectives de travail, une seule convention collective est applicable, laquelle est déterminée par l'activité principale de l'entreprise, dans les relations individuelles, le salarié peut demander l'application de la convention collective mentionnée sur le bulletin de paie (Soc., 10 décembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 372, pourvoi n° 00-44.260). Notons toutefois que l'application volontaire par un employeur d'une convention collective résultant de la mention dans un contrat de travail n'implique pas à elle seule l'engagement d'appliquer à l'avenir les dispositions de ses avenants, même lorsque cette mention est reproduite sur les bulletins de salaire ultérieurs (Soc., 2 avril 2003, *Bull.* 2003, V, n° 135, pourvoi n° 00-43.601). Enfin, la présomption résultant de la mention de la convention collective applicable par l'employeur étant simple, ce dernier est admis à apporter la preuve contraire (Soc., 15 novembre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 191, pourvoi n° 06-44.008).

L'information du salarié quant à la convention collective applicable peut être source d'obligations pour ce dernier. Par exemple, lorsque la clause de non-concurrence résulte des dispositions impératives d'une convention collective, les obligations mises à la charge du salarié lui sont opposables s'il a été informé de l'existence de cette convention collective



L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

et mis en mesure d'en prendre connaissance (Soc., 9 juillet 1976, *Bull.* 1976, V, n° 451, pourvoi n° 75-40.662). De même, la contrepartie financière de la clause de non-concurrence prévue par une convention collective ou un accord collectif s'applique dès lors que le contrat se réfère à cette convention ou à cet accord (Soc., 10 mars 2004, *Bull.* 2004, V, n° 83, pourvoi n° 02-40.108; Soc., 2 novembre 2005, pourvoi n° 03-46.026; Soc., 5 avril 2006, pourvoi n° 04-43.522; Soc., 4 avril 2007, pourvoi n° 05-41.731; Soc., 29 octobre 2008, pourvoi n° 07-44.908; Soc., 4 février 2009, pourvoi n° 07-44.560; 27 mai 2009, pourvoi n° 07-45.604). Ainsi, à défaut de dispositions particulières excluant leur application aux salariés antérieurement soumis à une clause de non-concurrence, les dispositions plus favorables de la convention collective relatives au montant de la contrepartie financière, dont le paiement ne peut intervenir avant la rupture du contrat de travail, doivent recevoir application (Soc., 4 octobre 2007, pourvoi n° 06-41.269).

1.1.1.2.1.3.2. Droit de savoir et clauses particulières

Le même principe est retenu pour les clauses de mobilité. En l'absence de stipulation du contrat de travail, l'employeur peut se prévaloir de l'existence d'une telle mobilité instituée de façon obligatoire par la convention collective, lorsque la disposition de la convention collective se suffit à elle-même et que le salarié a été informé de l'existence de cette convention collective au moment de son engagement et mis en mesure d'en prendre connaissance (Soc., 27 juin 2002, *Bull.* 2002, V, n° 222, pourvoi n° 00-42.646). La convention collective peut d'ailleurs organiser une concertation entre l'employeur et le salarié préalablement à la mise en œuvre de la clause de mobilité, concertation à défaut de laquelle le licenciement consécutif au refus du salarié d'accepter l'application de la clause de mobilité est imputable à l'employeur (Soc., 13 octobre 2004, *Bull.* 2004, V, n° 260, pourvoi n° 02-42.271). L'information sur les conditions d'exercice de la clause de mobilité est essentielle pour le salarié. Elle doit donc définir de façon précise sa zone géographique (Soc., 24 janvier 2008, *Bull.* 2008, V, n° 23, pourvoi n° 06-45.088) et ne peut conférer à l'employeur le pouvoir d'en étendre unilatéralement la portée (Soc., 14 octobre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 191, pourvois n° 07-42.352 et 06-46.400).

**1.1.1.2.2. Le droit de savoir lors de l'exécution du contrat de travail**

Plusieurs points méritent ici d'être abordés. Seront d'abord exposés les droits pour le salarié de connaître d'une part, les évolutions de ses conditions de travail (1.1.1.2.2.1.), d'autre part la vie de l'entreprise (1.1.1.2.2.2.). Le droit pour l'employeur de connaître certains éléments de la vie du salarié influant sur le contrat de travail sera ensuite précisé (1.1.1.2.2.3.). Enfin, l'existence d'un droit de savoir impératif et réciproque en matière de santé, hygiène et sécurité fera l'objet de quelques précisions (1.1.1.2.2.4.).

**1.1.1.2.2.1. Le droit pour le salarié de connaître les évolutions de ses conditions de travail**

1.1.1.2.2.1.1. Le droit de connaître les évolutions du statut collectif

La dénonciation par l'employeur des conventions ou des accords collectifs doit être notifiée aux autres parties signataires, à savoir les organisations syndicales; elle doit également,

en général, être préalablement soumise pour information et consultation au comité d'entreprise. Mais le statut collectif de l'entreprise ne résulte pas seulement de la convention ou de l'accord collectif et peut aussi avoir pour origine un usage de l'entreprise ou un engagement unilatéral de l'employeur. Pour être efficace, la dénonciation, ou la modification, d'un usage instauré dans l'entreprise ou d'un engagement unilatéral pris par l'employeur doit être précédée, outre de l'information donnée aux représentants du personnel dans un délai suffisant pour permettre d'éventuelles négociations, d'une information directe et individuelle donnée aux salariés (Soc., 3 décembre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 412, pourvoi n° 94-19.466; Soc., 12 mars 2008, *Bull.* 2008, V, n° 59, pourvoi n° 06-45.147).

#### 1.1.1.2.2.1.2. Le droit de connaître les évolutions de sa rémunération

La possibilité de stipuler dans le contrat de travail une variation de la rémunération a été admise dès lors « qu'elle est fondée sur des éléments objectifs indépendants de la volonté de l'employeur, ne fait pas porter le risque d'entreprise sur le salarié et n'a pas pour effet de réduire la rémunération en dessous des minima légaux et conventionnels » (Soc., 2 juillet 2002, *Bull.* 2002, V, n° 229, pourvoi n° 00-13.111). Mais celle-ci ne peut être modifiée par l'employeur que selon les critères contractuels (Soc., 8 janvier 2002, *Bull.* 2002, V, n° 3, pourvoi n° 99-44.467) et donc connus du salarié. En effet, la détermination de la rémunération variable ne peut pas dépendre d'éléments relevant de la seule volonté de l'employeur et non d'éléments préalablement convenus (Soc., 3 juin 2009, pourvoi n° 07-43.778). L'employeur ne pourrait pas éluder ce principe en se prévalant d'un accord du salarié sur le mode de calcul de la rémunération variable lorsque les objectifs ne sont pas rendus publics ou communiqués au salarié (Soc., 14 octobre 2009, pourvoi n° 07-44.970). Il ne peut pas davantage modifier unilatéralement le mode de rémunération variable du salarié en y introduisant de nouveaux éléments (Soc., 26 janvier 2005, pourvoi n° 03-40.501). En conséquence, lorsque le contrat ne permet pas de déterminer le montant de la rémunération variable et en l'absence d'accord entre les parties, il appartient au juge de la fixer en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes (Soc., 9 mai 2007, pourvoi n° 05-45.613; Soc., 22 février 2000, *Bull.* 2000, V, n° 70, pourvoi n° 97-43.465; Soc., 26 octobre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 405, pourvoi n° 98-41.521; Soc., 20 octobre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 436, pourvoi n° 96-40.908) ou des éléments de la cause (Soc., 18 décembre 2007, pourvoi n° 06-44.799). De même, lorsque la rémunération variable résulte, non du contrat, mais d'un engagement unilatéral de l'employeur, une clause précise définissant objectivement l'étendue et les limites de l'obligation souscrite est nécessaire et le salarié doit pouvoir vérifier que le calcul de sa rémunération a été effectué conformément aux modalités prévues (Soc., 24 septembre 2008, pourvoi n° 07-40.717; Soc., 14 octobre 2009, pourvois n° 08-43.881 à 08-43.979). Ainsi, lorsque le contrat de travail prévoit une prime de performance sur laquelle l'employeur ne communique aucun élément, le salarié peut prétendre au paiement de la prime calculée selon les mêmes critères que les années précédentes (Soc., 4 juin 2009, *Bull.* 2009, V, n° 145, pourvoi n° 07-43.198).

Le mode de rémunération contractuelle d'un salarié constitue un élément du contrat qui ne peut pas être modifié sans son accord, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode de rémunération serait plus avantageux que l'ancien (Soc., 26 avril 2007, pourvoi n° 05-46.016). Ainsi, une réduction de la part variable de la rémunération sans l'accord

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

du salarié peut justifier la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par le salarié (Soc., 22 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 81, pourvoi n° 03-47.639)

1.1.1.2.2.1.3. Le droit de connaître l'évolution de ses horaires

La modification unilatérale de la répartition des horaires dans le cadre d'un travail à temps partiel n'est pas davantage admise. Ainsi, lorsque l'employeur modifie, sans établir d'ave-nant, le contrat de travail du salarié, que le contrat ne comporte plus la mention de la durée du travail et sa répartition et que l'employeur ne justifie pas de la durée exacte du travail, de l'amplitude de ses variations éventuelles et de la répartition entre les jours de la semaine et les semaines du mois, le salarié est réputé bénéficiaire d'un temps complet (Soc., 15 octobre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 311, pourvoi n° 01-46.240; Soc., 4 décembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 369, pourvoi n° 00-40.255). Si l'organisation de l'entreprise peut nécessiter la modifica-tion des horaires de travail des salariés à temps partiel, toute modification de la répartition de la durée du temps de travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois 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). Une modification sans respect du délai de prévenance de sept jours justifie l'octroi d'un rappel de salaire et le contrat est réputé conclu pour un temps complet (Soc., 8 avril 2009, pourvoi n° 08-40.971).

1.1.1.2.2.1.4. Le droit de connaître l'évolution de sa durée de travail

La durée du travail est une autre occasion d'échange d'informations entre l'employeur et le salarié. Ainsi, en cas de convention de forfait en jours sur l'année, un entretien indi-viduel annuel doit être organisé par l'employeur. Cet entretien doit porter sur la charge de travail du salarié, l'organisation du travail dans l'entreprise, l'articulation entre l'activité pro-fessionnelle et familiale ainsi que sur la rémunération (article L. 3121-16 du code du tra-vail). Ce dispositif est complété par l'article L. 3121-47 du code du travail qui, lorsque la rémunération est manifestement sans rapport avec les sujétions qui sont imposées au sala-rié, permet à ce dernier de saisir le juge judiciaire afin que lui soit allouée une indemnité (Soc., 7 juillet 1998, *Bull.* 1998, V, n° 373, pourvoi n° 95-43.443).

Afin de faciliter la possibilité pour les salariés de passer d'un horaire à temps partiel à un horaire à temps complet, et inversement, le législateur a prévu une priorité pour l'attri-bution d'un emploi ressortissant à leur catégorie professionnelle ou d'un emploi équivalent. L'exercice de cette priorité d'emploi est facilité par l'obligation mise à la charge de l'em-ployeur de porter à la connaissance de ces salariés la liste des emplois disponibles corres-pondants (article L. 3123-8 du code du travail). Cette information doit faire l'objet d'une diffusion spécifique concernant les emplois pouvant correspondre à la catégorie profes-sionnelle, ou à un emploi équivalent, auprès des salariés à temps partiel souhaitant occuper un emploi à temps complet, ou des salariés à temps complet souhaitant occuper un emploi à temps partiel (Soc., 20 avril 2005, *Bull.* 2005, V, n° 152, pourvoi n° 03-41.802). Un dispo-sitif d'information des salariés titulaires de contrat à durée déterminée (article L. 242-17 du code du travail) et des salariés temporaires (article L. 1251-25 du code du travail) de la liste des postes à pourvoir dans l'entreprise doit être assuré lorsqu'un tel dispositif d'information existe déjà pour les salariés bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée.

## 1.1.1.2.2.1.5. Le droit de connaître les évolutions de son lieu de travail

Récemment, la Cour de cassation a eu à examiner la situation d'une salariée faisant l'objet d'une affectation temporaire dans une autre ville que celle de son lieu habituel de travail en raison d'importants travaux de sécurité qui devaient être réalisés dans ce lieu et a défini les conditions d'information qui devaient présider à un tel changement d'affectation. La chambre sociale a retenu que si l'affectation occasionnelle d'un salarié en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement ou des limites prévues par une clause contractuelle de mobilité géographique peut ne pas constituer une modification de son contrat de travail, il n'en est ainsi que lorsque cette affectation est motivée par l'intérêt de l'entreprise, qu'elle est justifiée par des circonstances exceptionnelles, et que le salarié est informé préalablement dans un délai raisonnable du caractère temporaire de l'affectation et de sa durée prévisible (Soc., 3 février 2010, *Bull.* 2010, V, n° 31, pourvoi n° 08-41.412).

## 1.1.1.2.2.1.6. Le droit de connaître le changement d'employeur

En matière de transfert d'entreprise, la Directive 2001/23/CE du Conseil, du 12 mars 2001, dans son article 7 § 6, prescrit aux États membres de prévoir, en l'absence d'institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, une information préalable des salariés concernés sur la date du transfert, son motif, ses conséquences juridiques, économiques et sociales et sur les mesures envisagées à l'égard des travailleurs. Cette procédure d'information n'a pas été mise en place en droit français, aucune transposition n'étant intervenue sur ce point. La question s'est donc posée de savoir si l'interprétation du code du travail à la lumière de la directive pouvait conduire à imposer à l'employeur une obligation d'information individuelle, lorsqu'il n'existe pas d'institution représentative du personnel dans l'entreprise. Une cour d'appel avait répondu par l'affirmative, en allouant aux salariés des dommages-intérêts en raison d'un manquement de l'employeur à son obligation d'information, sur le seul fondement de la directive, comme instrument d'interprétation de l'article L. 122-12, alinéa 2, (devenu L. 1224-1) du code du travail.

Cette position n'a pas été suivie par la chambre sociale, dans un arrêt du 18 novembre 2009 (*Bull.* 2009, V, n° 256, pourvois n° 08-43.397 et 08-43.398), qui reprend une solution antérieure (Soc., 14 décembre 1999, *Bull.* 1999, V, n° 484, pourvoi n° 97-43.011) et qui est rendu au visa de l'article 249 du Traité instituant la Communauté européenne (Traité CE). Ce texte, qui distingue le Règlement de la Directive, prévoit pour cette dernière qu'elle lie les États membres quant au résultat à atteindre, en laissant aux autorités nationales le soin de la forme et des moyens de sa mise en œuvre. Il n'est pas douteux que ces États ont l'obligation de prendre les dispositions nécessaires à la pleine exécution des obligations que leur impose une directive et qu'une carence les expose à une procédure en manquement d'État devant la Cour de justice. Mais celle-ci a néanmoins retenu que le principe de sécurité juridique s'oppose à ce que les directives puissent créer des obligations pour les particuliers ou accorder des droits dans les rapports entre des particuliers, même si elles contiennent des dispositions claires, précises et inconditionnelles (CJCE, 7 janvier 2004, *Wells c. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, affaire n° C-201/02, *Rec.*, I, 723, point 56; CJCE, 5 octobre 2004, *Bernhard Pfeiffer e. a. c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*, affaires n° C-397/01 à C-403/01, *Rec.*, I, 8835, points 103-118). Ce serait en effet reconnaître à une directive la force d'un règlement, primant sur toute disposition contraire

du droit interne (CJCE, 14 janvier 1994, Paola Faccini Dori c. Recreb S, affaire n° C-91/92, *Rec.*, I, 03325, point 20). Or, l'obligation faite au juge national d'interpréter son droit interne « dans toute la mesure du possible » à la lumière des directives européennes applicables au litige, en tenant compte de leur texte et de leur finalité, pour atteindre le résultat qui en est attendu, trouve sa limite dans les principes généraux du droit communautaire et, notamment, dans ce même impératif de sécurité juridique, qui ne permet pas au juge de créer à partir d'une directive une norme interne incompatible avec l'état du droit national (CJCE, 16 juillet 2009, Mono Car Styling SA c. Dervis Odemis e. a., affaire n° C-12/08, points 60 à 63). C'est ce que rappelle ici l'arrêt de la chambre sociale, lorsqu'il énonce que, faute de transposition en droit interne, l'obligation d'information prévue par la directive ne pouvait être mise à la charge d'un employeur privé. Il faut d'ailleurs tenir compte des difficultés de mise en œuvre d'une obligation d'information, que seule une intervention du législateur serait en mesure de régler : débiteur de l'obligation, délai d'information à observer, forme et contenu de cette information, sanction d'un manquement, etc.

#### 1.1.1.2.2.2. Le droit pour le salarié de connaître la vie de l'entreprise : les informations diffusées par voie d'affichage

Les informations plus générales relevant de la vie de l'entreprise doivent être portées à la connaissance du salarié par voie d'affichage. Ainsi, le règlement intérieur doit être affiché à une place convenable aisément accessible dans les lieux où le travail est effectué ainsi que dans les locaux et à la porte des locaux (article R. 321-1 du code du travail). Son contenu est fixé de façon impérative par le code du travail : les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité, les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer à la demande de l'employeur, au rétablissement des conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des salariés dès lors qu'elles apparaîtraient compromises, les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions (article L. 1321-1 du code du travail). Le règlement intérieur doit également fixer les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés et les dispositions relatives aux harcèlements moral et sexuel (article L. 1321-2 du code du travail). Une difficulté se pose lorsque le contenu du règlement intérieur excède le champ d'application prévu par la loi. La solution retenue dépend en réalité de la nature des dites dispositions : les dispositions défavorables au salarié ne lui sont pas opposables, même en cas de signature par ce dernier du règlement intérieur (Soc., 19 novembre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 383, pourvoi n° 95-41.260), alors que les dispositions plus favorables pour le salarié peuvent être considérées comme un engagement unilatéral engageant l'employeur à défaut de dénonciation régulière (Soc., 26 mai 1999, *Bull.* 1999, V, n° 236, pourvoi n° 96-43.614; Soc., 10 mars 2004, *Bull.* 2004, V, n° 76, pourvois n° 03-40.505 à 03-40.554).

#### 1.1.1.2.2.3. Le droit pour l'employeur de connaître certains éléments de la vie du salarié influant sur le contrat de travail

##### 1.1.1.2.2.3.1. La maternité de la salariée

La femme salariée n'est pas tenue de révéler son état de grossesse, sauf lorsqu'elle demande le bénéfice des dispositions légales relatives à la protection de la femme enceinte

(article L. 1225-2 du code du travail). Ces dispositions concernent tant la protection de l'intéressée contre la rupture de son contrat de travail que la prévention de son exposition à des situations de travail nocives pour sa santé ou celle de l'enfant (travail de nuit, charges lourdes, agents physiques, chimiques ou biologiques dangereux, etc.). Le médecin du travail a un rôle important à jouer à cet égard, pour autant qu'il ait été avisé par la salariée de son état de grossesse.

S'agissant du licenciement, la salariée en état de grossesse médicalement constaté bénéficie d'une protection contre la rupture de son contrat de travail. Elle ne peut être licenciée pendant l'intégralité des périodes de suspension du contrat auxquelles elle a droit au titre du congé de maternité, qu'elle use ou non de ce droit, ainsi que pendant les quatre semaines suivant l'expiration de ces périodes (article L. 1225-4 du code du travail). Toutefois, l'employeur peut rompre le contrat s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée, non liée à la grossesse, ou de son impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement. Dans ce cas, la rupture du contrat de travail ne peut prendre effet ou être notifiée pendant les périodes de suspension précitées (même article).

Par ailleurs, le licenciement est annulé lorsque, dans un délai de 15 jours à compter de sa notification, l'intéressée envoie à son employeur par lettre recommandée avec avis de réception, un certificat médical justifiant qu'elle est enceinte et mentionnant la date présumée de son accouchement (articles L. 1225-5 et R. 1225-2 du code du travail).

Il en résulte que le licenciement notifié pendant le congé de maternité de la salariée, même si l'employeur justifie de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif étranger à la grossesse, à l'accouchement ou à l'adoption, de maintenir le contrat de travail, ne peut prendre effet ou être signifié pendant la période de suspension du contrat de travail résultant du congé de maternité (Soc., 19 mars 2008, *Bull.* 2008, V, n° 69, pourvoi n° 07-40.599).

En revanche, pendant les quatre semaines suivant l'expiration des périodes de suspension du contrat de travail, le licenciement pour faute grave non liée à l'état de grossesse ou pour impossibilité de maintenir le contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement est possible. N'encourt dès lors pas la nullité, le licenciement prononcé alors que la salariée ne se trouvait pas, au moment du licenciement, en période de suspension de son contrat de travail pour congé de maternité (Soc., 17 février 2010, *Bull.* 2010, V, n° 49, pourvoi n° 06-41.392).

#### 1.1.1.2.2.3.2. Les absences liées à l'état de santé

##### 1.1.1.2.2.3.2.1. *Obligation pour le salarié de faire parvenir à l'employeur un certificat médical justifiant son absence*

L'article 7 de l'Accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977 sur la mensualisation, annexé à l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978, prévoit que le salarié doit, pour bénéficier d'une indemnisation par l'entreprise de son absence résultant de maladie ou d'accident, justifier dans les quarante-huit heures de son incapacité.

D'autre part, l'article R. 321-2 du code de la sécurité sociale impose au salarié, en cas d'interruption de travail, d'envoyer à la caisse primaire d'assurance maladie, dans les deux jours suivant la date d'interruption de travail, une lettre d'avis d'interruption de travail

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

indiquant, d'après les prescriptions du médecin, la durée probable de l'incapacité de travail. En cas de prolongation de l'arrêt de travail initial, la même formalité doit être observée dans les deux jours suivant la prescription de prolongation.

La chambre considère que le manquement du salarié à cette obligation d'information peut revêtir, selon le cas, le caractère d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, voire d'une faute grave privative d'indemnités de rupture. Elle insiste toutefois sur la nécessité d'une mise en demeure invitant préalablement l'intéressé à s'expliquer sur son absence (Soc., 26 mai 2010, pourvoi n° 08-41.595), ou sur le fait qu'aucun justificatif n'ait été adressé par celui-ci en dépit des sollicitations reçues à cet effet (Soc., 25 février 2009, pourvoi n° 07-43.189).

Cependant, si l'employeur a été informé par la remise du certificat médical initial de l'arrêt de travail du salarié par suite d'une maladie, la seule absence d'une justification de prolongations de cet arrêt de travail, même à la demande de l'employeur, ne constitue pas une faute grave (Soc., 31 mai 2007, pourvoi n° 06-40.290 ; Soc., 17 mars 2010, pourvoi n° 08-43.414).

*1.1.1.2.3.2.2. Régimes juridiques de protection subordonnés à une connaissance préalable de l'employeur*

Il existe deux situations dans lesquelles la détermination du régime juridique applicable aux relations entre les parties relativement à l'état de santé du salarié dépend de la connaissance qu'aura eue l'employeur d'éléments nécessaires à leur qualification.

- La qualification de visite de reprise nécessite que l'employeur ait eu connaissance de celle-ci.

L'examen de reprise, autrefois volontiers appelé « visite de reprise », est réglementé par les articles R. 4624-21 et R. 4624-22 du code du travail. Il présente une grande importance puisqu'il fixe le terme de la période de suspension du contrat de travail consécutive à la maladie ou à l'accident, et déclenche pour l'employeur l'obligation soit de réintégrer le salarié déclaré apte, soit de tenter le reclassement du salarié inapte et, en cas d'impossibilité de lui trouver un emploi approprié, de le licencier.

Mais pour qu'un tel examen produise de tels effets, la Cour de cassation pose comme condition que l'employeur en ait été préalablement averti. Un salarié n'est donc pas fondé à invoquer la qualification de visite de reprise lorsque, ne s'étant pas présenté à son travail afin que l'employeur l'organise, il prend l'initiative de se rendre chez un médecin du travail sans en avertir cet employeur (Soc., 4 février 2009, *Bull.* 2009, V, n° 38, pourvoi n° 07-44.498).

- L'application de la législation protectrice des victimes d'accident du travail et de maladie professionnelle suppose la connaissance par l'employeur du caractère professionnel de l'accident ou de la maladie.

Les victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle bénéficient d'un régime de protection qui interdit à peine de nullité leur licenciement pendant la suspension du contrat de travail, sauf faute grave ou impossibilité de maintenir le contrat pour des motifs non liés à l'accident, qui organise une procédure spécifique de reclassement et qui prévoit, en particulier, une indemnisation majorée de la rupture si celle-ci intervient en méconnaissance des dispositions légales (articles L. 1226-10 et suivants du code du travail).

Consacrant l'autonomie du droit du travail et du droit de la sécurité sociale, la chambre sociale subordonne l'application de ces règles protectrices non pas à la prise en charge du salarié au titre de la législation professionnelle par les organismes de sécurité sociale, mais à la connaissance que l'employeur avait, au moment du licenciement, du caractère professionnel de l'accident ou de la maladie. En effet, faute de connaître cette caractéristique, l'employeur n'est pas censé savoir qu'il doit appliquer la législation protectrice.

En matière d'inaptitude, il est constamment jugé que deux conditions doivent être remplies : que cette inaptitude ait, au moins partiellement, pour origine un accident du travail ou une maladie professionnelle, et que l'employeur ait connaissance de cette origine professionnelle au moment du licenciement (Soc., 9 juin 2010, *Bull.* 2010, V, n° 131, pourvoi n° 09-41.040). Les juges du fond apprécient souverainement si l'employeur a une telle connaissance (Soc., 30 juin 2010, pourvoi n° 09-40.042).

*1.1.1.2.3.2.3. Information de l'employeur sur le recours du salarié contre l'avis du médecin du travail*

Le médecin du travail est habilité par l'article L. 4624-1 (anciennement L. 241-10-1) du code du travail 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. En vertu du même texte, 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. En cas de difficulté ou de désaccord, l'employeur ou le salarié peut exercer un recours devant l'inspecteur du travail. Ce dernier prend sa décision après avis du médecin inspecteur du travail.

La question s'est posée de savoir quelle était la portée de la décision de l'inspecteur du travail annulant l'avis d'inaptitude du médecin du travail et déclarant le salarié apte, alors que ce dernier avait entre temps été licencié pour inaptitude médicalement constatée. Conférer un effet rétroactif à la décision administrative aurait conduit à juger ce licenciement discriminatoire, donc nul, du fait qu'il était prononcé en raison de l'état de santé du salarié sans constatation d'inaptitude par le médecin du travail. La chambre sociale n'a pas adopté une telle solution mais considéré que la décision de l'inspecteur du travail privait seulement le licenciement de cause réelle et sérieuse et ouvrait droit au paiement des dommages-intérêts afférents (Soc., 8 avril 2004, *Bull.* 2004, V, n° 118, pourvoi n° 01-45.693).

Elle a ensuite décidé que le salarié n'avait pas l'obligation d'informer l'employeur de l'exercice d'un recours contre l'avis d'inaptitude délivré par le médecin du travail (Soc., 3 février 2010, *Bull.* 2010, V, n° 35, pourvoi n° 08-44.455)

*1.1.1.2.3.3. La question de l'existence d'un droit de l'employeur à être informé des mandats extérieurs exercés par le salarié*

C'est une question récurrente depuis de nombreuses années. L'employeur, tenu de respecter le statut protecteur dont bénéficient les salariés titulaires de mandats, peut-il exiger que le salarié lui fasse connaître l'existence de tels mandats, lorsqu'ils ne sont pas exercés dans l'entreprise ? Cette question vise notamment les mandats de conseillers prud'homaux ou conseillers du salarié. Dans ces deux hypothèses, le salarié exerce son mandat à l'extérieur



de l'entreprise, et parfois sans avoir à demander des heures de délégation à son employeur. Mais il bénéficie d'un statut protecteur, dès lors qu'il détient un mandat représentatif, et son licenciement, sans observation des formalités protectrices, est nul même lorsque l'employeur tente de faire valoir sa bonne foi et son ignorance de l'existence du mandat (Soc., 13 juillet 2004, *Bull.* 2004, V, n° 212, pourvoi n° 02-42.681). Seule la fraude peut exclure la protection du salarié.

À deux reprises, (cf. *Rapport annuel* 2007, proposition rappelée dans le *Rapport annuel* 2008) la Cour de cassation a appelé l'attention du législateur sur cette situation particulière, l'interrogeant sur l'opportunité de prévoir, dans le code du travail, l'obligation pour le salarié titulaire d'un mandat exercé hors de l'entreprise, d'informer l'employeur de l'existence de ce mandat, au moins au moment de l'entretien de licenciement. Cette proposition n'a pas été suivie d'effet. La chambre sociale ne peut donc que juger que l'employeur ne peut se retrancher derrière son ignorance du mandat exercé par le salarié. Ce qu'elle a rappelé dans une série d'arrêts rendus le 22 septembre 2010 (*Bull.* 2010, V, n° 190, pourvoi n° 08-45.227; *Bull.* 2010, V, n° 192, pourvoi n° 09-41.173; pourvoi n° 09-42.651), tout en précisant que seule compte l'inscription du salarié sur les listes (de conseillers du salarié ou de conseillers prud'homaux), peu important la publicité de ces listes. Toutefois, elle a également mentionné que la protection n'était applicable que pour autant qu'aucun manquement à son obligation de loyauté ne puisse être relevé à l'encontre du salarié (Soc., 22 septembre 2010, *Bull.* 2010, V, n° 190, pourvoi n° 08-45.227).

#### 1.1.1.2.2.4. Santé, hygiène, sécurité : un droit de savoir impératif et réciproque

L'employeur et le salarié sont l'un et l'autre titulaires de droits et obligations en matière de santé et de sécurité au travail. Le droit du travail vise en effet à assurer la protection de la santé physique et mentale des travailleurs et, lorsque celle-ci est lésée, la mise en œuvre d'un ensemble de dispositions propres à permettre au salarié malade, accidenté ou inapte, de conserver dans la mesure du possible son emploi au sein de l'entreprise.

Les sources juridiques de ce double impératif sont multiples, tant internationales et communautaires que législatives, réglementaires, conventionnelles et jurisprudentielles. À cet égard, la Directive-cadre 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, largement transcrite en droit national notamment aux articles L. 4111-1 à L. 4152-2 du code du travail, et visée par la chambre comme source d'interprétation des textes français, fait peser sur l'employeur et le salarié une obligation de sécurité, proclame la nécessité d'une politique de prévention des risques professionnels et édicte un certain nombre de principes et de mesures propres à rendre ceux-ci effectifs.

Parmi ces principes de prévention figurent l'évaluation des risques, c'est-à-dire la prise de connaissance des dangers courus par les travailleurs, les droits d'alerte et de retrait des travailleurs d'une situation estimée dangereuse, l'information et la formation des travailleurs (1.1.1.2.2.4.1.). Mais c'est aussi au sein de la relation contractuelle entre salarié et employeur, que le code du travail et la jurisprudence posent des règles fondées sur l'idée d'une information réciproque des parties en vue d'assurer le double objectif de préservation de la santé et de protection de l'emploi (1.1.1.2.2.4.2.).

1.1.1.2.2.4.1. La prévention des risques par l'information

L'employeur doit, en vertu de l'article L. 4121-1 du code du travail, prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs. En vue de la prévention, l'employeur met notamment en œuvre les principes généraux suivants : « éviter les risques, évaluer les risques qui ne peuvent pas être évités, combattre les risques à la source ». Trois séries de mesures, fondées sur l'existence d'obligations d'information, y concourent : une procédure d'évaluation des risques (1.1.1.2.2.4.1.1.), le droit d'alerte et le droit de retrait des travailleurs (1.1.1.2.2.4.1.2.), l'information et la formation des travailleurs (1.1.1.2.2.4.1.3.).

1.1.1.2.2.4.1.1. L'évaluation des risques

- Le document unique d'évaluation des risques

En vertu de l'article L. 4121-3 du code du travail, l'employeur, compte tenu de la nature des activités de l'établissement, évalue les risques pour la santé et la sécurité des travailleurs, y compris dans le choix des procédés de fabrication, des équipements de travail, des substances ou préparations chimiques, dans l'aménagement ou le réaménagement des lieux de travail ou des installations et dans la définition des postes de travail. Cette évaluation comporte un inventaire des risques identifiés dans chaque unité de travail de l'entreprise ou de l'établissement (article R. 4121-1 du code du travail).

L'employeur doit transcrire les résultats de ces opérations dans un « document unique d'évaluation des risques ». Celui-ci est mis à jour au moins chaque année, lors de toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail, enfin lorsqu'une information supplémentaire intéressant l'évaluation d'un risque dans une unité de travail est recueillie (article R. 4121-2 du code du travail). Il est tenu à la disposition notamment des travailleurs, des membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), des délégués du personnel, de l'inspection du travail et des agents de prévention des organismes de sécurité sociale (article R. 4121-4 du code du travail).

Afin de mieux informer les travailleurs de son existence et de son contenu, un avis indiquant les modalités d'accès au document unique est affiché à une place convenable et aisément accessible dans les lieux de travail (article R. 4121-4, dernier alinéa, du code du travail). Le fait de ne pas transcrire ou de ne pas mettre à jour les résultats de l'évaluation des risques est puni d'amende par l'article R. 4741-1 du code du travail.

- L'obligation de se renseigner sur les risques encourus

La conscience du risque, en l'occurrence du danger, que l'employeur a ou devrait avoir est un des éléments constitutifs de la faute inexcusable. Cette dernière, depuis une série d'arrêts « amiante » de la chambre sociale du 28 février 2002 (notamment, *Bull.* 2002, V, n° 81, pourvoi n° 99-17.221) est définie par référence à l'*obligation de sécurité de résultat* dont l'employeur est tenu : 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, lorsqu'il avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation, désormais en charge des affaires de sécurité sociale, retient une telle faute à l'encontre de l'employeur qui, ayant fait intervenir ses salariés pendant un certain temps sur un site industriel sensible,

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

a omis de s'informer auprès de l'entreprise d'accueil sur la nature des produits fabriqués ou utilisés en son sein par ses salariés, de façon à s'assurer de leur innocuité ou, en cas de danger, à mettre en œuvre, en coopération avec les organes de cette entreprise tierce, des mesures propres à préserver leur santé (dernièrement : 2<sup>e</sup> Civ., 8 novembre 2007, *Bull.* 2007, II, n° 248, pourvoi n° 07-11.219, *Dr. soc.* 2008, p. 258-259, note P. Chaumette ; 2<sup>e</sup> Civ., 14 janvier 2010, pourvoi n° 08-21.121).

1.1.1.2.2.4.1.2. *L'information dans l'exercice des droits d'alerte et de retrait des travailleurs*

Si le droit de retrait concerne les salariés pris à titre individuel, le droit (ou devoir) d'alerte concerne également le CHSCT. Ce dernier aspect sera envisagé plus loin, à propos de l'obligation d'information institutionnelle (cf. 1.1.4.1.2.). Aux termes de l'article L. 4131-1 nouveau du code du travail, le travailleur « alerte immédiatement » l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé, ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection. C'est le « droit d'alerte ». La chambre sociale a jugé qu'il ne s'agissait pas seulement là d'un droit, mais aussi d'un devoir : « le salarié [doit], même s'il n'est pas tenu de le faire par écrit, signaler immédiatement à l'employeur ou à son représentant toute situation de travail dont il [a] un motif raisonnable de penser qu'elle [présente] un danger grave ou imminent pour sa vie ou sa santé » (Soc., 21 janvier 2009, pourvoi n° 07-41.935).

La chambre sociale de la Cour de cassation a précisé, après le Conseil d'État (CE, 12 juin 1987, n° 72388, publié au *Recueil Lebon*), que le signalement donné par le salarié ne devait pas nécessairement être donné par écrit (Soc., 28 mai 2008, *Bull.* 2008, V, n° 120, pourvoi n° 07-15.744) et n'avait pas à être précédé de la procédure de saisine du CHSCT (Soc., 10 mai 2001, pourvoi n° 00-43.437).

Selon le texte précité du code du travail, le travailleur peut se retirer de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection. C'est le « droit de retrait ». De nombreux arrêts de la chambre sociale précisent sur différents points le régime juridique de mise en œuvre de ces modalités de prévention des risques professionnels et de protection des salariés exerçant leur droit de retrait.

1.1.1.2.2.4.1.3. *L'obligation de formation et d'information sur la sécurité des travailleurs*

• *Obligation générale d'information et de formation*

L'employeur doit, dans un but de prévention, organiser et dispenser une information des travailleurs sur les risques pour la santé et la sécurité et les mesures prises pour y remédier (article L. 4141-1 du code du travail). Cette information est couplée à une formation pratique et appropriée à la sécurité dispensée lors de l'embauche et chaque fois que nécessaire. La formation a pour objet d'instruire le travailleur des précautions à prendre pour assurer sa propre sécurité et, le cas échéant, celle des autres personnes travaillant dans l'établissement. Elle porte sur les conditions de circulation dans l'entreprise, les conditions d'exécution du travail et la conduite à tenir en cas d'accident ou de sinistre. Elle explique l'utilité des mesures de prévention prescrites par l'employeur et enseigne au travailleur, à partir des risques auxquels il est exposé, les règles et comportements nécessaires.

Le médecin du travail est associé par l'employeur à l'élaboration des actions de formation à la sécurité et à la détermination du contenu de l'information à dispenser.

- Formations et mesures d'adaptations particulières

– **Actions particulières** – En fonction des risques constatés, des actions particulières de formation à la sécurité sont conduites dans certains établissements avec le concours, le cas échéant, des organismes professionnels d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, ainsi que des caisses régionales d'assurance maladie (devenues caisses d'assurance retraite et de la santé au travail – CARSAT –). Une formation spécifique est également prévue au bénéfice des personnels travaillant dans l'enceinte d'une entreprise classée « Seveso ».

Le manquement de l'employeur à son obligation de donner la formation pratique et appropriée est de nature à engager sa responsabilité pénale pour blessures ou homicide involontaire. Ainsi en a-t-il été décidé par la chambre criminelle à propos d'un employeur qui, ne pouvant ignorer qu'une formation appropriée en matière de sécurité était nécessaire pour permettre au salarié de prendre conscience de la dangerosité potentielle de l'équipement de travail mis à sa disposition, a créé la situation qui a permis la réalisation du dommage et commis une faute caractérisée en exposant l'utilisateur de la machine à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer (Crim., 13 avril 2010, pourvoi n° 09-81.504).

– **Formation renforcée** – Les salariés titulaires d'un contrat à durée déterminée, les salariés temporaires et les stagiaires affectés à des postes de travail présentant des risques particuliers pour leur santé ou leur sécurité bénéficient d'une formation renforcée à la sécurité (articles L. 4142-2, L. 4154-2 du code du travail). La faute inexcusable de l'employeur est présumée établie lorsque ces salariés ont été victimes d'un accident du travail alors qu'affectés à des postes de travail présentant des risques particuliers pour leur santé ou leur sécurité, ils n'auraient pas bénéficié de cette formation renforcée (article L. 4154-3 du code du travail).

La chambre sociale juge qu'il appartient en ce cas à l'employeur de rapporter la preuve contraire de nature à l'exonérer de cette présomption (Soc., 6 février 2003, pourvoi n° 01-20.936). Ni la faute grossière de la victime (Soc., 31 octobre 2002, pourvoi n° 01-20.197), ni sa qualification (Soc., 27 juin 2002, *Bull.* 2002, V, n° 225, pourvoi n° 00-14.744), ni l'indétermination des circonstances (Soc., 4 avril 1996, *Bull.* 1996, V, n° 135, pourvoi n° 94-11.319, *Dr. soc.* 1996, p. 636, obs. Roy-Loustaunau) ne constituent des causes exonératoires. La deuxième chambre civile applique de la même façon la présomption de faute inexcusable (2<sup>e</sup> Civ., 1<sup>er</sup> juillet 2010, pourvoi n° 09-66.300).

#### 1.1.1.2.2.4.2. Du droit de savoir relativement à l'état de santé du salarié

##### 1.1.1.2.2.4.2.1. L'obligation de faire vérifier l'état de santé du salarié par le médecin du travail

L'examen du salarié par le médecin du travail, pièce maîtresse du dispositif de protection de la santé au travail, intervient à plusieurs moments et varie en fréquence selon les circonstances.

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

- Examens médicaux périodiques

Le salarié doit bénéficier d'examens médicaux périodiques, au moins tous les vingt-quatre mois, par le médecin du travail, en vue de s'assurer du maintien de son aptitude médicale au poste de travail occupé (article R. 4624-16 du code du travail). Cet intervalle de temps est réduit de moitié pour les examens pratiqués dans le cadre de la surveillance médicale renforcée (article R. 4624-17 du code du travail). Tout salarié bénéficie d'un examen médical à la demande de l'employeur ou à sa demande. Cette visite périodique est impérative et le salarié qui refuse de la passer s'expose à des sanctions disciplinaires pouvant aller jusqu'au licenciement (Soc., 29 mai 1986, *Bull.* 1986, V, n° 262, pourvoi n° 83-45.409). De même, l'employeur qui se sera abstenu de la faire effectuer pourra se le voir reprocher en cas d'aptitude postérieure du salarié à son emploi nécessitant son licenciement (Soc., 24 juin 2009, pourvois n° 07-41.911 et 08-41.050).

- Surveillance médicale renforcée

Bénéficiaire d'une surveillance médicale renforcée les salariés affectés à certains travaux dangereux, les salariés venant de changer de type d'activité, les travailleurs handicapés, les femmes enceintes, les travailleurs de moins de 18 ans (article R. 4624-19 du code du travail). Le médecin du travail est juge de la fréquence et de la nature des examens que comporte cette surveillance (article R. 4624-20 du code du travail). Des dispositions spécifiques du code du travail prévoient et organisent la surveillance renforcée pour certains types de travaux. Ainsi, le médecin du travail exerce une telle surveillance pour les travailleurs exposés à un niveau de vibrations mécaniques supérieur aux valeurs limites (article R. 4446-1 du code du travail). D'autres textes subordonnent l'exécution de travaux déterminés à une fiche médicale d'aptitude attestant de l'absence de contre-indication médicale à ceux-ci. Par exemple, l'article R. 4412-44 du code du travail dispose qu'un travailleur ne peut être affecté à des travaux l'exposant à un agent cancérigène, mutagène ou toxique pour la reproduction que s'il a fait l'objet d'un examen préalable par le médecin du travail et si la fiche d'aptitude atteste qu'il ne présente pas de contre-indication médicale à ces travaux.

La chambre sociale, considérant que ne constitue pas une faute, le refus du salarié d'effectuer une tâche à l'accomplissement de laquelle il ne peut être affecté dès lors que l'employeur n'a pas exécuté les obligations mises à sa charge pour assurer la protection de la santé au travail, a jugé que n'était par conséquent pas justifié le licenciement disciplinaire d'une préparatrice de pharmacie de clinique ayant refusé d'exécuter des travaux impliquant la manipulation de produits cytostatiques l'exposant à un agent cancérigène, mutagène ou toxique pour la reproduction, alors que la fiche d'aptitude délivrée par le médecin du travail ne comportait aucune mention relative à l'absence de contre-indication à ces travaux (Soc., 18 décembre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 212, pourvoi n° 06-43.801).

- Examen de reprise du travail

Aux termes de l'article R. 4624-21 du code du travail, « le salarié bénéficie d'un examen de reprise de travail par le médecin du travail :

1° Après un congé de maternité ;

2° Après une absence pour cause de maladie professionnelle ;

## TROISIÈME PARTIE : ÉTUDE

3° Après une absence d'au moins huit jours pour cause d'accident du travail ;

4° Après une absence d'au moins vingt et un jours pour cause de maladie ou d'accident non professionnel ;

5° En cas d'absences répétées pour raisons de santé. »

Sauf dans le cas où le maintien du salarié à son poste de travail entraîne un danger immédiat pour sa santé ou sa sécurité ou celle des tiers, le médecin du travail ne peut constater l'inaptitude médicale du salarié à son poste de travail qu'après avoir réalisé une étude de poste, une étude des conditions de travail dans l'entreprise et deux examens médicaux de l'intéressé espacés de deux semaines, accompagnés, le cas échéant, d'examens supplémentaires (article R. 4624-31 du code du travail).

Le premier de ces deux examens a lieu lors de la reprise du travail et au plus tard dans un délai de huit jours (article R. 4624-22 du code du travail). Il est d'une grande importance car il va permettre de déterminer la fin de la période de suspension du contrat de travail résultant d'une maladie ou d'un accident, et d'apprécier l'aptitude médicale du salarié à reprendre son ancien emploi, la nécessité d'une adaptation des conditions de travail ou d'une réadaptation de l'intéressé ou éventuellement de l'une et de l'autre de ces mesures. Le salarié déclaré apte doit être réintégré dans son emploi. Si, au terme d'une seconde visite médicale réglementaire espacée d'une semaine par rapport à la première, il est au contraire déclaré inapte par le médecin du travail, l'employeur doit, dans le délai d'un mois, procéder à son reclassement ou à son licenciement. Passé ce délai, le salarié devra percevoir son salaire.

L'employeur, énonce la chambre sociale au visa de l'article L. 230-2 I (L. 4121-1 et L. 4121-2 nouveaux) du code du travail, interprété à la lumière de la Directive-cadre 89/391/CEE précitée, est tenu, en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, d'une obligation de sécurité de résultat dont il doit assurer l'effectivité. 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. À défaut, l'employeur ne peut résilier le contrat de travail à durée indéterminée du salarié, dont le droit à la sécurité dans le travail a ainsi été méconnu, que s'il justifie soit d'une faute grave de ce dernier, soit de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif non lié à l'accident, de maintenir ledit contrat (Soc., 28 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 87, pourvoi n° 05-41.555, *Dr. soc.* 2006, p. 514-517, note J. Savatier). De son côté, le salarié ne peut refuser de passer la visite de reprise, à peine de s'exposer, soit à se voir exclu du travail, le contrat de travail étant toujours suspendu (Soc., 12 novembre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 366, pourvoi n° 95-40.632), soit à un licenciement qui peut être prononcé pour faute grave (Soc., 29 novembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 361, pourvoi n° 04-47.302 : salarié faisant obstacle de façon réitérée à l'examen du médecin du travail).

Il convient de signaler ici que la frontière parfois ténue entre visite périodique, visite de pré-reprise et visite de reprise a nécessité l'intervention d'un nombre relativement important de décisions de la chambre sociale.

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

*1.1.1.2.2.4.2.2. Droit de l'employeur de ne pas demeurer dans l'incertitude sur le sort du salarié absent pour maladie prolongée ou répétée*

- Pouvoir de l'employeur de licencier le salarié en raison d'une absence perturbant le bon fonctionnement de l'entreprise

Si, en principe, le licenciement du salarié en raison de son état de santé constitue, en l'absence de déclaration d'inaptitude par le médecin du travail, une discrimination prohibée rendant ce licenciement nul, l'incertitude de l'employeur sur la date ou les possibilités de retour de l'intéressé peut, comme l'absence elle-même lorsqu'elle est prolongée ou répétée, perturber le fonctionnement normal de l'entreprise. S'il s'agit d'un salarié non victime d'accident du travail ou de maladie professionnelle, pour lequel des règles de protection particulière existent, la jurisprudence décide que le licenciement peut reposer sur une cause réelle et sérieuse, à la condition toutefois que le remplacement du salarié soit à la fois nécessaire et définitif (Soc., 5 juin 2001, *Bull.* 2001, V, n° 209, pourvoi n° 99-41.603) et prononcé dans un délai raisonnable (Soc., 9 juin 2010, pourvoi n° 08-44.282).

- Droit de l'employeur d'organiser une contre-visite médicale par un médecin-contrôleur

Ce droit, qui vise à permettre à un médecin-contrôleur de vérifier le respect par le salarié de ses heures de sortie autorisées et le bien-fondé même des arrêts de travail, est admis par la jurisprudence de la chambre depuis longue date (Soc., 2 juillet 1980, *Bull.* 1980, V, n° 587, pourvoi n° 79-40.263 ; Soc., 17 mai 1983, *Bull.* 1983, V, n° 262, pourvoi n° 80-42.215) car il représente la contrepartie de l'obligation de l'employeur de verser des indemnités complémentaires de maladie. Un certain nombre de décisions ont été rendues à propos de ce contrôle et en ont encadré les modalités, notamment en ce qui concerne le choix du médecin, le lieu et le moment de la contre-visite, le refus éventuel du salarié de s'y soumettre, les effets et sanctions du contrôle.

Le décret n° 2010-957 du 24 août 2010 relatif au contrôle des arrêts de travail comporte notamment un dispositif concernant les salariés qui ont fait l'objet, pendant leur arrêt de travail, du contrôle d'un médecin mandaté par leur employeur. Lorsque ce médecin conclut à l'absence de justification de l'arrêt de travail, le médecin-conseil de l'assurance maladie peut demander à la caisse de suspendre les indemnités journalières. Le salarié dispose alors d'un délai de dix jours francs à compter de la notification de la décision de suspension des indemnités journalières pour demander à la caisse de sécurité sociale dont il relève un examen de sa situation par le médecin-conseil. Ce dernier doit se prononcer dans un délai de quatre jours francs à compter de la saisine du salarié.

*1.1.1.2.2.4.2.3. Obligation d'information en matière de reclassement du salarié déclaré médicalement inapte ou apte avec restrictions*

- Information du salarié et de l'employeur dans la procédure de reclassement du salarié victime d'accident du travail ou de maladie professionnelle

– **Avis des délégués du personnel** – Lorsque, à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités. Cette

proposition prend en compte, après avis des délégués du personnel, les conclusions écrites du médecin du travail et les indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise (article L. 1226-10 du code du travail).

Il s'agit-là, juge le Conseil d'État, d'une formalité substantielle (CE, 22 mai 2002, Société civile Darbonne, n° 221600, publié au *Recueil Lebon*). De son côté, la chambre sociale de la Cour de cassation considère que le licenciement d'un salarié prononcé pour inaptitude médicale sans que cet avis ait été pris dans des conditions de délai déterminées et après fourniture d'informations suffisantes aux délégués, est sanctionné par le versement d'une indemnité d'au minimum douze mois de salaire en application de l'article L. 1226-15 du code du travail.

Le législateur n'ayant pas précisé les modalités d'établissement de cet avis, la jurisprudence de la chambre sociale en a dressé les lignes directrices. L'avis doit être recueilli après la seconde visite médicale de reprise et avant l'engagement de la procédure de licenciement (Soc., 20 novembre 1996, pourvoi n° 94-45.367). L'employeur doit justifier de cette consultation (Soc., 9 juin 2010, *Bull.* 2010, V, n° 131, pourvoi n° 09-41.040) et ne peut, sauf établissement d'un procès-verbal de carence, s'y soustraire en invoquant l'absence d'une telle institution dans l'entreprise (Soc., 23 septembre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 192, pourvoi n° 08-41.685). Il doit fournir aux délégués toutes les informations nécessaires quant au reclassement du salarié (Soc., 13 juillet 2004, *Bull.* 2004, V, n° 209, pourvoi n° 02-41.046).

– **Notification écrite des motifs de l'impossibilité de reclassement du salarié victime d'accident du travail ou de maladie professionnelle** – Lorsque l'employeur est dans l'impossibilité de proposer un autre emploi au salarié déclaré médicalement inapte à la suite d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, il doit lui faire connaître par écrit les motifs qui s'opposent au reclassement (article L. 1226-12 du code du travail). La chambre sociale juge que le manquement de l'employeur à cette obligation d'information ne prive pas le licenciement postérieur de cause réelle et sérieuse (Soc., 21 janvier 2003, pourvoi n° 00-45.716) mais ouvre droit à une indemnité réparant le préjudice spécifique occasionné par cette omission. Cette indemnité, ne se cumulant pas avec celle résultant de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement (Soc., 18 novembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 286, pourvoi n° 01-43.710), présente un caractère alternatif (Soc., 2 décembre 2009, pourvoi n° 08-40.417).

- Avis et préconisations du médecin du travail

L'employeur a l'obligation, en présence d'une inaptitude ou de restrictions à l'aptitude du salarié régulièrement constatées, de prendre en considération, au besoin après les avoir lui-même sollicitées, les conclusions écrites du médecin du travail, ses indications sur l'aptitude de l'intéressé à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise et ses propositions tendant au reclassement de l'intéressé (articles L. 4624-1, L. 1226-2 et L. 1226-10 du code du travail). Il lui incombe dès lors de rechercher des possibilités de reclassement par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes de travail ou aménagement du temps de travail au sein de l'entreprise et, le cas échéant, du groupe auquel elle appartient.

Un abondant contentieux s'est développé devant la chambre sociale sur les conditions, l'étendue et les modalités de l'obligation d'adaptation et de reclassement pesant sur l'employeur. Ce point ayant déjà été abordé dans le précédent *Rapport annuel de la Cour de cassation* pour 2007 (« La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », p. 175-180) il



sera seulement rappelé ici que ces recherches doivent être effectives (Soc., 14 avril 2010, pourvoi n° 09-40.514), sérieuses (Soc., 20 septembre 2006, pourvoi n° 05-40.295), précises (Soc., 6 janvier 2010, *Bull.* 2010, V, n° 1, pourvoi n° 08-44.177) et approfondies (Soc., 3 juillet 2001, pourvoi n° 99-42.386). Il a ainsi été jugé que la recherche de reclassement à l'intérieur du périmètre du groupe ne présentait pas un tel caractère alors qu'elle avait été faite par l'envoi d'un fax aux entreprises du groupe un 20 novembre et que dès le 23 novembre suivant, l'employeur avait notifié au salarié que son reclassement au sein du groupe s'avérait impossible, ce qui caractérisait un laps de temps beaucoup trop court (même arrêt).

### **1.1.1.2.3. Le droit de savoir lors de la rupture du contrat de travail**

Si l'on fait abstraction de l'obligation de motivation qui pèse sur l'employeur, lorsqu'il prend l'initiative de rompre le contrat de travail (cf. *infra*, 1.2.2.2.1.), ainsi que de l'information qui est due aux représentants du personnel (cf. *infra*, 1.1.4.1.), le licenciement économique impose à l'employeur de fournir diverses informations aux salariés.

Ainsi, même lorsqu'un plan de sauvegarde de l'emploi est établi et soumis aux représentants du personnel, l'employeur doit informer chaque salarié de tous les emplois qui sont disponibles dans l'entreprise ou dans d'autres sociétés du même groupe, en application de l'article L. 1233-4 du code du travail, en soumettant à chacun des offres précises, concrètes et personnalisées (Soc., 26 septembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 288, pourvoi n° 05-43.841), afin que les intéressés soient en mesure de se prononcer utilement sur les propositions qui leur sont faites pour éviter un licenciement. Ainsi, il n'est pas satisfait à cette obligation quand l'employeur se borne à afficher une liste des sociétés du groupe dans lesquelles des emplois sont disponibles (Soc., 12 mars 2003, pourvoi n° 00-46.700) ou à afficher une liste de postes vacants (Soc., 18 janvier 2005, pourvoi n° 02-46.737). Il ne peut d'ailleurs limiter ses propositions en se fondant sur une volonté présumée du salarié de restreindre l'étendue du reclassement, tirée du refus de certains emplois, du refus d'une proposition de modification du contrat de travail ou d'une absence de réponse à un questionnaire « de mobilité » (Soc., 24 juin 2008, *Bull.* 2008, V, n° 133, pourvois n° 06-45.870 à 06-45.876; Soc., 25 novembre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 267, pourvoi n° 08-42.755).

Pour garantir une bonne information du salarié, sur les possibilités qui s'offrent à lui et dont dépend son avenir professionnel, la loi du 17 janvier 2002 a imposé de donner cette information par écrit et la chambre sociale en a déduit qu'à défaut, le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse (Soc., 20 septembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 276, pourvoi n° 04-45.703). Et si, revenant sur une jurisprudence qui interdisait à l'employeur d'exclure à l'avance de ses offres de reclassement les emplois disponibles à l'étranger, le législateur a récemment introduit un dispositif qui rend nécessaire une manifestation de volonté du salarié, il est cependant exigé de l'employeur qu'il interroge au préalable le salarié sur ses intentions et sur les conditions auxquelles il subordonne un travail dans un autre pays.

En tout état de cause, la sanction d'un manquement de l'employeur à cette obligation d'information est substantielle, puisque le salarié peut alors obtenir des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Par ailleurs, cette obligation doit être exécutée loyalement et c'est ainsi qu'un employeur qui soumet à son salarié une offre de reclassement dans une société dont il n'ignore pas la situation critique lui doit réparation du

préjudice qu'il a subi à la suite de la perte de l'emploi qu'il y a occupé (Soc., 6 juin 2007, pourvoi n° 06-41.001). Quant au plan de sauvegarde de l'emploi lui-même, il ne répond aux exigences de l'article L. 1233-62 du code du travail qu'à la condition de préciser, dès l'origine, le nombre, la nature et la localisation des emplois dans lesquels des reclassements sont possibles (notamment : Soc., 13 juillet 2010, pourvois n° 09-43-028 à 09-43.061).

Certes, ces renseignements sont d'abord destinés aux représentants du personnel, consultés sur le plan, qui doivent être en mesure d'en apprécier la valeur concrète. Mais, d'une part, en l'absence d'institutions représentatives dans l'entreprise, l'information sera directement communiquée au personnel par voie d'affichage (article L. 1233-49 du code du travail) ; d'autre part, une insuffisance du plan sur ce point entraînera la nullité de la procédure de licenciement et des licenciements eux-mêmes, en application de l'article L. 1235-10 du code du travail, de sorte qu'une réintégration pourra être demandée ou que le salarié licencié pourra prétendre au paiement de dommages-intérêts correspondant à douze mois de salaire (article L. 1235-10 du code du travail). La sanction d'une méconnaissance de l'obligation de reclassement est donc ici particulièrement lourde.

En outre, les informations que donne l'employeur pour inciter un salarié à quitter l'entreprise engageront sa responsabilité si les renseignements fournis sont erronés ou insuffisants, par exemple, en cas d'erreur sur le régime fiscal d'une indemnité (Soc., 7 juin 1995, *Bull.* 1995, V, n° 183, pourvoi n° 91-44.294) ou de silence sur la possibilité de cotiser à un régime de retraite supplémentaire (Soc., 12 juin 2008, pourvoi n° 07-41.999). C'est aussi pour favoriser la réinsertion professionnelle des salariés licenciés pour motif économique que la loi impose d'adresser à chacun une proposition de convention de reclassement personnalisé (article L. 1233-65 du code du travail) comportant des informations sur le régime de cette mesure d'accompagnement et faisant courir un délai de réflexion de vingt-et-un jours.

Enfin, il est nécessaire qu'au moment de la rupture de son contrat de travail, le salarié sache exactement quelles sont les obligations contractuelles qui subsistent à sa charge. C'est pourquoi, il ne suffit pas que dans un plan de sauvegarde de l'emploi l'employeur promette de libérer les salariés qui quitteront volontairement l'entreprise de l'obligation de non-concurrence à laquelle ils sont tenus envers elle. Il est en effet nécessaire que cette intention soit portée à la connaissance de l'intéressé lui-même car cette information conditionne son avenir professionnel (Soc., 21 octobre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 228, pourvoi n° 08-40.828). L'absence d'ambiguïté assurée par l'information individuelle est ici un facteur de sécurité.

Le licenciement pour motif économique fait également naître d'autres modalités de mise en œuvre d'une obligation d'information pesant sur l'employeur. C'est tout d'abord le cas pour l'ordre des licenciements : indépendamment des conditions de définition des critères qui seront mis en œuvre par l'employeur (article L. 1233-5 du code du travail) et qui ne donnent lieu à aucune information individuelle préalable, le salarié licencié est en droit d'obtenir de l'employeur des informations écrites sur les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements (article L. 1233-43 du code du travail), pour pouvoir s'assurer qu'ils ont bien été mis en œuvre à son égard et contester au besoin l'application qui en a été faite à son détriment. Une absence de réponse de l'employeur ne suffit pas à entraîner une condamnation pour violation de l'ordre des licenciements ou pour licenciement sans cause réelle et sérieuse (Soc., 26 janvier 1999, *Bull.* 1999, V, n° 39, pourvoi n° 97-40.463 ; Soc., 2 février 2006, *Bull.* 2006,

V, n° 57, pourvoi n° 03-45.443) mais elle ouvre droit au paiement de dommages-intérêts spécifiques (Soc., 24 septembre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 178, pourvoi n° 07-42.200).

Quant à la priorité de réembauche (article L. 1233-45 du code du travail), l'obligation qui est faite à l'employeur d'informer le salarié licencié de tout emploi disponible et compatible avec sa qualification ne s'impose qu'à la condition que ce dernier ait exprimé l'intention d'en bénéficier dans le délai légal. Mais il incombe toutefois à l'employeur de mettre préalablement l'intéressé en mesure de faire valoir son droit, en l'informant dans la lettre de licenciement de la priorité de réembauche dont il bénéficie et de ses conditions de mise en œuvre (article L. 1233-42 du code du travail). S'il ne le fait pas, une indemnisation sera nécessairement due (Soc., 25 avril 2007, pourvoi n° 05-44.236). Et si cette carence n'a pas permis au salarié d'exercer son droit, l'indemnisation minimale fixée par l'article L. 1235-13 du code du travail sera applicable (Soc., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-43.923).

Enfin, les obligations d'information qui pèsent sur l'employeur en cas de licenciement économique n'ont pas pour seuls destinataires les représentants du personnel et les salariés concernés. Pour qu'elle soit en mesure d'exercer son contrôle et, s'il y a lieu, de proposer une modification du plan de sauvegarde de l'emploi (article L. 1233-57 du code du travail), l'administration du travail doit aussi être informée du projet de licenciement, dès lors qu'il affecte au moins dix salariés dans une période de trente jours (article L. 1233-46 du code du travail). Les conséquences sociales des « grands » licenciements économiques justifient cette extension de l'obligation d'information à l'administration du travail, qui est assortie de sanctions pénales (article L. 1238-4 du code du travail).

### 1.1.2. Obligation d'information médicale

Galien rapporte qu'à un malade qui lui disait : « je vais mourir ? », Kallianax l'Hérophi-  
lien<sup>98</sup> répondit par un vers de l'Iliade : « Patrocle aussi mourut, qui valait mieux que toi ». Le médecin est tenu d'une obligation de science et de conscience, ce que conforte la prise en compte réaffirmée récemment de ses obligations déontologiques (1<sup>re</sup> Civ., 27 novembre 2008, *Bull.* 2008, I, n° 273, pourvoi n° 07-15.963). Sa responsabilité peut être engagée non seulement en cas de faute technique, mais encore en cas de faute d'humanisme, laquelle trouve sa traduction fréquente dans le manquement à l'obligation d'information, et au droit qu'a le patient à consentir, de manière éclairée, à l'acte médical.

La preuve du respect de cette obligation incombe au médecin (1<sup>re</sup> Civ., 25 février 1997, *Bull.* 1997, I, n° 75, pourvoi n° 94-19.685), qui peut la rapporter par tous moyens, y compris par présomptions<sup>99</sup>. Toutefois, le débiteur de l'obligation ne peut invoquer le fait que d'autres aient pu, ou dû, donner l'information à sa place<sup>100</sup>. Ainsi, le manquement à l'obligation d'information

98. Kallianax, III<sup>e</sup> siècle avant notre ère. Citation extraite de « Le refus de la vérité » in Pierre Braun, *Droits en devenir*, Presses universitaires de Limoges, 1999, p. 461. L'auteur évoque l'obligation d'information pesant sur le médecin en distinguant l'obligation d'informer, de l'obligation de dire toute la vérité sans nulle précaution.

99. En ce sens : 1<sup>re</sup> Civ., 14 octobre 1997, *Bull.* 1997, I, n° 278, pourvoi n° 95-19.609 ; 1<sup>re</sup> Civ., 4 janvier 2005, *Bull.* 2005, I, n° 6, pourvoi n° 02-11.339.

100. 1<sup>re</sup> Civ., 31 mai 2007, pourvoi n° 06-18.262.

a pu être invoqué à l'encontre du praticien qui avait procédé à une ligature des trompes de la patiente sans avoir obtenu son consentement préalable (1<sup>re</sup> Civ., 11 octobre 1988, *Bull.* 1988, I, n° 280, pourvoi n° 86-12.832)<sup>101</sup>, ou pour avoir modifié une stratégie sans raisons valables ni consentement de l'intéressée, dans le cadre d'une opération de chirurgie esthétique en prélevant un lambeau cutané sur un endroit du corps qui n'avait pas été celui convenu avec la patiente (1<sup>re</sup> Civ., 14 janvier 1992, *Bull.* 1992, I, n° 16, pourvoi n° 90-10.870)<sup>102</sup>.

En revanche, il avait été considéré qu'il n'y avait pas de lien causal entre le manquement du médecin à son obligation d'information et le dommage lorsque celui-ci a changé de stratégie au dernier moment, sans consulter la patiente, compte tenu de l'état de celle-ci qui ne pouvait être accouchée que par les voies naturelles, alors qu'il avait été initialement opté pour une césarienne (1<sup>re</sup> Civ., 31 mai 2007, pourvoi n° 03-19.365).

Dans toutes ces hypothèses, le critère pour retenir la responsabilité du médecin était celui de l'existence d'un préjudice corporel, en lien avec le manquement à l'obligation d'information. Dès lors, un problème essentiel demeurait : l'exécution parfaite de l'obligation de soin pouvait-elle justifier de priver de son caractère fautif la violation du devoir d'informer le patient ?

Cette difficulté, soulignée dans l'étude sur le droit médical publiée dans le *Rapport de la Cour de cassation 2007*, vient de trouver sa résolution dans l'arrêt rendu par la première chambre civile le 3 juin 2010 (*Bull.* 2010, I, n° 128, pourvoi n° 09-13.591<sup>103</sup>), présenté dans le présent *Rapport infra* (dans la quatrième partie relative à la jurisprudence de la Cour, p. 396). En effet, le manquement à l'obligation d'information pesant sur le médecin, laquelle est devenue avec la loi du 4 mars 2002 un droit du malade, ne donnait jusqu'ici lieu à sanction que s'il en résultait un préjudice, qui se limitait à la perte de chance d'éviter le risque qui s'est réalisé. C'est-à-dire qu'il ne pouvait y avoir sanction qu'à la condition que le juge du fond estime que les informations données auraient été de nature à dissuader le patient de subir l'intervention litigieuse (1<sup>re</sup> Civ., 20 juin 2000, *Bull.* 2000, I, n° 193, pourvoi n° 98-23.046)<sup>104</sup>.

101. Cf. *D.* 1989, somm. p. 317, obs. J. Penneau ; *JCP* 1989, éd. G, II, 21358, note A. Dorsner-Dolivet.

102. Cf. *JCP* 1992, éd. G, II, 21996, note A. Dorsner-Dolivet.

103. Pierre Sargos, « Deux arrêts "historiques" en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au manquement d'un médecin à son devoir d'information », *in D.* 2010, p. 1522.

104. Ainsi que le rappelle l'arrêt 1<sup>re</sup> Civ., 20 juin 2000, *Bull.* 2000, I, n° 193, pourvoi n° 98-23.046 : « le praticien qui manque à son obligation d'informer son patient des risques graves inhérents à un acte médical d'investigations ou de soins prive ce dernier de la possibilité de donner un consentement ou un refus éclairé à cet acte ; qu'il est, dès lors, de l'office du juge de rechercher, en prenant en considération l'état de santé du patient ainsi que son évolution prévisible, sa personnalité, les raisons pour lesquelles des investigations ou des soins à risques lui sont proposés, ainsi que les caractéristiques de ces investigations, de ces soins et de ces risques, les effets qu'aurait pu avoir une telle information quant à son consentement ou à son refus [...] ; que c'est par une appréciation souveraine tirée de ces constatations que la cour d'appel a estimé qu'informé du risque de perforation, M. X... n'aurait refusé ni l'examen, ni l'exérèse du polype, de sorte qu'il ne justifiait d'aucun préjudice indemnisable ». Voir aussi, sur la réparation du préjudice résultant du manquement à l'obligation d'information du médecin : 1<sup>re</sup> Civ., 7 décembre 2004, *Bull.* 2004, I, n° 302, pourvoi n° 02-10.957 ; 1<sup>re</sup> Civ., 7 février 1990, *Bull.* 1990, I, n° 39, pourvoi n° 88-14.797 ; 1<sup>re</sup> Civ., 29 juin 1999, *Bull.* 1999, I, n° 220, pourvoi n° 97-14.254. Voir aussi : CE, 19 mai 2004, n° 216039 et 216040, publié au *Recueil Lebon*.

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

Cette solution aboutissait à écarter certains types de préjudices moraux tels que le préjudice lié à l'impréparation du malade. Ainsi, la juridiction qui écartait la perte de chance d'échapper au risque qui s'était réalisé, en estimant que l'opération était indispensable et que l'intéressé correctement informé n'y aurait pas renoncé, ne pouvait réparer d'autres chefs de préjudice : tel le préjudice moral résultant des souffrances morales endurées par un patient non informé des risques encourus et qui se trouvait atteint d'une hémiplégie à la suite de l'opération (1<sup>re</sup> Civ., 6 décembre 2007, *Bull.* 2007, I, n° 380, pourvoi n° 06-19.301). Cette solution, tout en revenant sur une jurisprudence ancienne<sup>105</sup>, tirait les conséquences d'une logique qui liait la sanction de l'obligation à la preuve d'une perte de chance et qui faisait de l'obligation d'information une obligation contractuelle sanctionnée au visa de l'article 1147 du code civil. Et ce, alors qu'elle pouvait être rattachée à une obligation légale, avant même l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, car découlant de l'article 16-3 du code civil qui pose le principe d'un droit personnel à être informé et associé pleinement aux décisions portant atteinte à l'inviolabilité de son propre corps.

Ce fondement légal et non plus contractuel du devoir d'informer – devenu avec la loi du 4 mars 2002 un droit du malade – invitait à envisager la sanction de l'obligation d'information de façon totalement indépendante de la notion de perte de chance. Cette orientation soutenue par une partie de la doctrine<sup>106</sup>, apparaissait, encore en 2007 « bien éloignée des

105. 1<sup>re</sup> Civ., 14 février 1973, *Bull.* 1973, I, n° 55, pourvoi n° 71-11.822.

106. C'est la solution préconisée par de nombreux auteurs. Ainsi, Mme F. Alt-Maes, (« Les deux faces de l'information médicale : vers un nouvel équilibre des relations médecin-malade après la loi du 4 mars 2002 ? », in *Gaz. Pal.*, 16 décembre 2003, p. 3639-3646), souligne (p. 3642), sous le titre « Le droit à l'information, un droit personnel de l'utilisateur », que le droit à l'information avant l'acte médical est la seule garantie du consentement éclairé du malade et de la possibilité pour lui de refuser les soins, l'article L. 1111-4, alinéa 2, du code de la santé publique précisant que « le médecin doit respecter la volonté de la personne », il en résulte seulement pour le médecin une obligation d'information alourdie (mettre « tout en œuvre pour convaincre l'utilisateur d'accepter les soins indispensables, après l'avoir informé des conséquences de ses choix »). De même, Mme S. Porchy (« Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient », in *D.* 1998, chron. p. 379-384, spéc. p. 380, n° 4). Enfin, Mme S. Hocquet-Berg (« Les sanctions du défaut d'information en matière médicale », in *Gaz. Pal.*, 10 septembre 1998, p. 1121-1129), écrivant, elle aussi, sur le droit antérieur à la loi de 2002, (p. 1125 § 20), partait d'une comparaison avec l'arrêt 1<sup>re</sup> Civ., 5 novembre 1996, *Bull.* 1996, I, n° 378, pourvoi n° 94-14.798, affirmant que la sanction du non-respect de la protection de la vie privée, fondée sur l'article 9 du code civil, est la sanction du non-respect du droit subjectif à la protection de son intimité, et n'a plus à passer par la mise en œuvre des principes de l'article 1382 du code civil. Il faudrait, selon cet auteur, envisager la même évolution en matière d'information médicale. « Afin de mieux sanctionner les atteintes à ce devoir d'humanisme mais aussi pour ériger celui-ci au rang de droit à la dignité du patient, il est sans doute possible et souhaitable d'y voir là un véritable droit subjectif. Les fondements juridiques ne manqueraient pas et les sanctions de sa méconnaissance seraient mieux adaptées à la nature de l'atteinte causée. » Elle soulignait déjà que « si la dignité humaine n'est pas une valeur nouvelle, il semble qu'elle ait acquis récemment une importance nouvelle. Plus exactement, ce principe fait l'objet, en France, d'une attention nouvelle. Le Conseil constitutionnel a reconnu à ce principe une valeur constitutionnelle en se fondant sur la phrase préliminaire du Préambule de 1946 qui emploie cette expression. Désormais, ce principe encadre l'initiative du législateur même si la dignité n'est pas une norme juridique de caractère prescriptif direct ». Est affirmée, par cette décision sur les lois dites bioéthiques, la valeur morale absolue du principe de la dignité humaine dont le droit positif doit assurer l'effectivité. Le consentement à l'acte médical et l'information médicale qu'il suppose, nous semblent participer de l'effectivité du principe de la dignité de la personne humaine.

solutions jurisprudentielles, qui réaffirment avec vigueur que le manquement à l'obligation d'information ne peut déboucher que sur une éventuelle indemnisation de la perte de chance – à savoir un préjudice apprécié par rapport aux effets indésirables et non envisagés par le patient par suite du défaut d'information – et non sur l'indemnisation d'un préjudice moral apprécié par rapport à un droit personnel à être informé et à consentir à l'atteinte corporelle à l'origine de séquelles<sup>107</sup>. C'est précisément cette évolution majeure qu'apporte l'arrêt du 3 juin 2010 (1<sup>re</sup> Civ., 3 juin 2010, *Bull.* 2010, I, n° 128, pourvoi n° 09-13.591) présenté dans le présent *Rapport infra*.

Cet arrêt, tout en marquant une rupture par rapport à la tendance jurisprudentielle la plus récente, s'inscrit néanmoins dans la continuité d'une évolution antérieure (1<sup>re</sup> Civ., 9 octobre 2001, *Bull.* 2001, n° 249, pourvoi n° 00-14.564). Le patient n'avait pas été averti des risques inhérents à l'intervention et s'en plaignait, alors même que le choix qui était le sien était des plus limités. En effet, refusait-il l'intervention, il s'exposait à un risque d'infection; au contraire, acceptait-il l'intervention et il courait le risque d'impuissance qui s'est réalisé. C'est la raison pour laquelle la cour d'appel, faisant application de la jurisprudence habituelle, avait considéré que le défaut d'information ne pouvait pas donner lieu à réparation puisqu'il n'en était résulté, pour le patient, aucune perte de chance d'éviter le dommage. Elle avait en effet considéré la nécessité et l'urgence de l'intervention afin d'enlever la sonde, qui exposait le patient à un risque majeur d'infection, puisque l'arrêt retient que : « outre que l'adénomectomie était justifiée et a été effectuée dans les règles de l'art, l'expert judiciaire précise qu'il n'y avait pas d'autre alternative et qu'elle devait être pratiquée sans tarder en raison du risque d'infection que faisait courir la sonde vésicale; aussi il est peu probable que M. S..., dûment averti des risques de troubles érectiles qu'il encourait du fait de cette intervention, aurait renoncé à celle-ci et continué à porter une sonde vésicale qui non seulement lui faisait courir des risques importants de contracter une infection grave mais lui interdisait aussi toute activité sexuelle [...]; en outre la prise de recul dont il indique avoir été privé n'aurait conduit qu'à aggraver le risque d'infection généré par le port d'une sonde vésicale ». La solution retenue par la cour d'appel était conforme à la jurisprudence habituelle qui liait l'indemnisation du défaut d'information à un risque médical (la perte de chance d'éviter le dommage; en ce sens, 1<sup>re</sup> Civ., 13 novembre 2002, *Bull.* 2002, I, n° 265, pourvoi n° 01-00.377; 1<sup>re</sup> Civ., 4 février 2003, *Bull.* 2003, I, n° 40, pourvoi n° 00-15.572; 1<sup>re</sup> Civ., 6 décembre 2007, *Bull.* 2007, I, n° 380, pourvoi n° 06-19.301). Toutefois, le grief fait à l'arrêt était précisément d'ignorer le devoir d'information et le droit du malade à être informé dans tous les cas (sauf impossibilité due à l'urgence notamment). La solution retenue se rattache au principe posé dans un arrêt fondateur qui affirme que « le devoir d'information [du médecin] vis-à-vis de son patient [...] trouve son fondement sans l'exigence du respect constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » (1<sup>re</sup> Civ., 9 octobre 2001, *Bull.* 2001, I, n° 249, pourvoi n° 00-14.564).

L'évolution jurisprudentielle est une des conséquences du principe affirmé dans cet arrêt de 2001. Elle s'inscrit aussi dans le contexte d'un renforcement du droit à un consentement libre et éclairé : résultant de l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de

107. *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2007 précité, p. 230.

l'Union européenne, qui impose, outre « le droit à l'intégrité de la personne » que « dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés : le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi [...] ». Cette évolution pouvait prendre appui sur deux droits de la personnalité : le droit au respect de l'intégrité corporelle, lequel suppose qu'aucune atteinte ne puisse y être portée sans le consentement éclairé de son titulaire (article 16-3 du code civil), mais encore le droit au respect de la dignité de la personne (consacré à l'article 16 du code civil). Ce sont ces deux fondements qui ont été retenus par l'arrêt.

Tout d'abord, cette évolution majeure fait du droit à être informé en matière médicale un droit découlant de la loi, ce qui explique le visa de l'article 1382 au lieu de l'article 1147 du code civil. Ainsi, s'opère un rapprochement par rapport aux droits de la personnalité : sur le fondement de l'article 9 du code civil « la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation » (1<sup>re</sup> Civ., 25 février 1997, *Bull.* 1997, I, n° 73, pourvoi n° 95-13.545; 1<sup>re</sup> Civ., 5 novembre 1996, *Bull.* 1996, I, n° 378, pourvoi n° 94-14.798). De même, l'atteinte au droit de propriété littéraire et artistique constitue en elle-même un préjudice réparable (1<sup>re</sup> Civ., 11 octobre 1983, *Bull.* 1983, I, n° 225, pourvoi n° 82-11.458). Or, le corps humain en tant que tel est inviolable (article 16-1, alinéa 2, du code civil), ceci résultant de ce que le corps humain est le *substratum* de la personne et que, dès lors, porter atteinte au corps humain revient à porter atteinte à la personne humaine. C'est tout le sens du présent arrêt et de l'arrêt précité du 9 octobre 2001 : ils visent à offrir une protection de même niveau au corps humain, et au travers lui à la personne humaine, que la protection offerte à la vie privée, notamment.

C'est la raison pour laquelle, partant de l'obligation légale de respecter l'être humain (article 16 du code civil) et le consentement de l'intéressé chaque fois qu'il est envisagé de porter atteinte à l'intégrité de son corps (article 16-3, alinéa 2), l'arrêt affirme qu'indépendamment de toute appréciation de l'existence d'une perte de chance (en l'espèce il n'y avait aucune), l'obligation d'information relève d'une obligation légale (visa de l'article 1382 du code civil). Et ces principes étant posés, l'arrêt affirme que le non-respect du devoir d'information, cause nécessairement à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice que le juge ne peut laisser sans réparation.

Cet arrêt doit être rapproché de celui rendu le 28 janvier 2010 (1<sup>re</sup> Civ., 28 janvier 2010, *Bull.* 2010, I, n° 20, pourvoi n° 09-10.992) qui, s'agissant d'un fait dommageable apparu postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, abandonne le fondement de l'article 1147 du code civil pour ne viser que les articles 16-3 du code civil et L. 1142-1 du code de la santé publique, en unifiant ainsi le fondement juridique de la responsabilité médicale.

Alors que l'on se situe sous l'empire du droit antérieur à la loi du 4 mars 2002, l'arrêt de la première chambre civile du 3 juin 2010 (*Bull.* 2010, I, n° 128, pourvoi n° 09-13.591) relie l'obligation d'information à une obligation légale, rompant ainsi avec la jurisprudence « Mercier » qui sanctionnait le manquement aux obligations nées du contrat liant le médecin à son patient<sup>108</sup>.

108. Civ., 26 mai 1936, *DP* 1936, I, 88, rapport Josserand, concl. Matter; S. 1937.1.321, note Breton; *Gaz. Pal.* 1936, 2, 41; *RTD civ.* 1936, p. 691, obs. Demogue; *GAJC*, 11<sup>e</sup> éd., n° 161, p. 116.

La jurisprudence nouvelle, dans le prolongement de l'arrêt « Teyssier » (Req., 8 janvier 1942, *DC* 1942, 63; *Gaz. Pal.* 1942, I, p. 177) rappelle ce que recouvre à la fois la faute d'humanisme du médecin vis-à-vis de son patient, et le droit qu'a le patient de conserver la maîtrise de sa destinée. Cette jurisprudence opère un changement de paradigme : le droit du malade à être informé implique d'ores et déjà que l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) prenne en charge les conséquences d'un défaut d'information lorsqu'il est résulté un dommage dont le risque n'avait pas été révélé et qui est advenu sans faute du praticien (1<sup>re</sup> Civ., 11 mars 2010, *Bull.* 2010, I, n° 63, pourvoi n° 09-11.270)<sup>109</sup>. La Cour de cassation a considéré qu'il résulte du rapprochement des articles L. 1142-1 et L. 1142-18 du code de la santé publique que les préjudices, non indemnisés, ayant pour seule origine un accident médical non fautif, ne peuvent être exclus du bénéfice de la réparation au titre de la solidarité nationale. Dans l'hypothèse où le médecin, ayant manqué à son devoir d'information, a été condamné à réparer le préjudice né de la perte d'une chance d'éviter le dommage, la victime peut agir contre l'ONIAM, pour obtenir une réparation intégrale.

De même se posera la question du maintien de la jurisprudence qui, dans le contexte juridique antérieur à la loi du 4 mars 2002, encadre l'accès du malade à son propre dossier, le malade ne pouvant, jusqu'alors, exercer ce droit qu'en désignant un médecin qui peut au cours des opérations d'expertise prendre connaissance des documents médicaux (1<sup>re</sup> Civ., 8 décembre 1987, *Bull.* 1987, I, n° 337, pourvoi n° 85-15.444). Comment concilier cette exigence avec le droit de savoir ? Telle est la question posée par l'arrêt de la première chambre civile du 25 novembre 2010 (*Bull.* 2010, I, n° 246, pourvoi n° 09-69.721), qui rappelle, par ailleurs, que « toute pièce couverte par le secret médical ne peut être communiquée qu'à la demande du patient intéressé ».

Désormais, ainsi que l'a souligné Mme Hocquet-Berg<sup>110</sup> : « On ne saurait dissocier le corps et l'esprit : le propre de la personne physique est d'être inséparablement, chair et esprit. » Parce que – comme l'a affirmé la Cour de cassation – l'obligation de recueillir le consentement du patient est « imposée par le respect de la personne humaine », le défaut d'information dont il est victime, constitue une atteinte grave aux droits de sa personnalité. Une telle vision n'est pas innocente. Elle contribue au vaste mouvement de prise en compte des droits du patient. En effet, les droits de la personnalité, dont ferait partie ce droit à l'information, « permettent à chaque individu de se sentir pris en considération à sa juste valeur d'être humain ».

109. S. Hocquet-Berg, « La place du défaut d'information dans le mécanisme d'indemnisation des accidents médicaux », in *Resp. civ. et assur.* 2010, étude n° 5; M. Bacache, « Réparation de l'accident médical : la solidarité nationale au secours de la responsabilité civile », in *D.* 2010, p. 1119; « Conditions d'indemnisation par l'ONIAM », in *JCP* 2010, éd. G, n° 311, p. 580; Patrice Jourdain, « La responsabilité pour défaut d'information médicale n'exclut pas la mise en œuvre de la solidarité nationale », in *JCP* 2010, éd. G, 2010, II, n° 379, p. 703-706; Gaëlle Le Nestour Drelon, « Responsabilité médicale : un arrêt qui fera date », in *Revue Lamy droit civil* 2010, n° 3805, p. 26.

110. S. Hocquet-Berg, « Les sanctions du défaut d'information en matière médicale », in *Gaz. Pal.*, 10 septembre 1998, p. 1121-1129.



### 1.1.3. Obligation d'information et droit processuel

Du principe du contradictoire, qui innerve le procès civil et le procès pénal, découlent de nombreuses obligations d'information processuelle, qui impliquent les parties, mais concernent aussi le juge et, le cas échéant, le ministère public (1.1.3.1.). En outre, la considération croissante pour les droits de la défense, la pertinence de la contradiction comme méthode logique mise au service de la manifestation de la vérité, expliquent une diffusion du modèle contradictoire hors du procès (1.1.3.2.).

#### 1.1.3.1. Obligation d'information et procès

Les obligations d'information pullulent aussi bien dans le procès civil (1.1.3.1.1.) que dans le procès pénal (1.1.3.1.2.).

##### 1.1.3.1.1. Le procès civil

Il y a lieu de distinguer d'une part les règles générales de procédure, autrement dit les règles de droit commun (1.1.3.1.1.1.), de certaines règles spécifiques de procédures (1.1.3.1.1.2.).

###### 1.1.3.1.1.1. Règles générales de procédure (règles de droit commun)

Le procès civil, entendu largement comme étant engagé devant l'une des juridictions mentionnées à l'article 749 du code de procédure civile, a pour particularité de confier, selon le principe dispositif, la matière litigieuse aux parties elles-mêmes. Il en découle à la charge de ces dernières, une obligation d'information particulièrement impérative sous-jacente au principe de la contradiction dont elle assure l'effectivité (1.1.3.1.1.1.1.). La Cour européenne des droits de l'homme a, ainsi, jugé<sup>111</sup> que les facultés « de consulter et critiquer le dossier de l'affaire » étaient des éléments de la contradiction. Cette obligation concerne également le juge, compte tenu de ses pouvoirs croissants, mais également, le cas échéant, le ministère public (1.1.3.1.1.1.2.).

###### 1.1.3.1.1.1.1. L'information entre parties au procès civil

L'obligation d'informer qui s'impose à toutes les parties, qu'elles agissent ou qu'elles se défendent, concerne l'instance dans son ensemble (1.1.3.1.1.1.1.1.). Elle peut, toutefois, dans certains cas, subir certaines atteintes, soit du fait du comportement d'une partie, soit en fonction des circonstances procédurales (1.1.3.1.1.1.1.2.).

###### 1.1.3.1.1.1.1.1. L'obligation d'informer

- L'information lors de l'ouverture d'une instance

L'article 14 du code de procédure civile dispose que « nulle partie ne peut être jugée sans être entendue ou appelée ». Il en résulte la nécessité pour la partie qui prend l'initiative

111. CEDH, 25 mai 1986, Feldbrugge c. Pays-Bas, requête n° 8562/79.

du procès d'utiliser l'une des formes de la demande en justice<sup>112</sup> prescrites par l'article 54 du code de procédure civile. Les modalités prévues pour chacune d'entre elles garantissent l'information nécessaire au débat contradictoire. Chacune doit, en effet, à l'exception de la requête<sup>113</sup>, comporter divers renseignements de nature à informer le défendeur sur la personne qui lui intente un procès, sur la matière litigieuse et les principaux moyens soulevés. Ainsi, l'assignation doit-elle, aux termes de l'article 56 du code de procédure civile, mentionner l'identité du demandeur – donc, s'il s'agit d'une personne physique, ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité et date de naissance, et, si le requérant est une personne morale, sa forme, sa dénomination, son siège social ainsi que l'organe qui la représente légalement –, les noms et domicile du défendeur et l'indication de la juridiction devant laquelle la demande est portée. Elle doit, aussi, comprendre l'indication des pièces invoquées à l'appui de la demande, préciser au défendeur que, faute pour lui, de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire, et comporter l'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit.

Ces mentions sont prévues à peine de nullité. La Cour de cassation a, toutefois, précisé qu'il s'agissait d'une nullité de forme et que la partie qui l'invoquait devait faire la preuve que l'irrégularité lui avait causé un grief<sup>114</sup>. Une telle jurisprudence permet de ne pas sanctionner un acte qui, bien qu'irrégulier, ne porte pas une atteinte réelle à l'information de l'autre partie. Ainsi, l'assignation délivrée à une femme mariée sous son propre prénom et le nom de son mari n'encourt pas la nullité dès lors que cette mention ne laisse aucun doute sur l'identité de la destinataire de l'acte<sup>115</sup>. Il en est de même pour l'assignation délivrée par une société se présentant sous son nom commercial<sup>116</sup>.

La partie défenderesse se voit contrainte, de son côté, par l'article 59 du code de procédure civile, sous peine d'irrecevabilité de sa défense, de communiquer à la partie adverse ainsi qu'au juge divers renseignements la concernant.

- L'information lors du déroulement de l'instance

L'article 15 du code de procédure civile dispose que les parties doivent se faire connaître mutuellement, en temps utile, les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent afin que chacune soit à même d'assurer sa défense. Une procédure loyale exige, ainsi, une information spontanée de tout élément nécessaire au débat et, ceci, dans un délai utile.

112. Article 54 du code de procédure civile : « Sous réserve des cas où l'instance est introduite par la présentation volontaire des parties devant le juge, la demande initiale est formée par assignation, par remise d'une requête conjointe au secrétariat de la juridiction ou par requête ou déclaration au secrétariat de la juridiction. »

113. Toutefois, l'indication précise des pièces invoquées au soutien de la requête en application de l'article 494 du code de procédure civile constitue une condition de recevabilité de celle-ci : 2<sup>e</sup> Civ., 11 février 2010, *Bull.* 2010, II, n<sup>o</sup> 34, pourvoi n<sup>o</sup> 08-21.469.

114. Absence du nom de l'avocat par lequel postulait une association d'avocats : 2<sup>e</sup> Civ., 30 avril 2009, *Bull.* 2009, II, n<sup>o</sup> 110, pourvoi n<sup>o</sup> 08-16.236 ; omission de la forme de la société et de la désignation de l'organe la représentant : 2<sup>e</sup> Civ., 6 octobre 2005, *Bull.* 2005, II, n<sup>o</sup> 239, pourvoi n<sup>o</sup> 03-18.239.

115. 3<sup>e</sup> Civ., 24 janvier 2001, *Bull.* 2001, III, n<sup>o</sup> 9, pourvoi n<sup>o</sup> 99-14.310.

116. 2<sup>e</sup> Civ., 11 décembre 2008, *Bull.* 2008, II, n<sup>o</sup> 267, pourvoi n<sup>o</sup> 07-18.511.

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

– Pour pouvoir débattre et éclairer utilement le juge, chacune des parties doit pouvoir prendre connaissance de l'ensemble des éléments du dossier que l'autre partie doit lui communiquer spontanément. Cette exigence d'une communication spontanée est expressément prévue par l'article 132 du code de procédure civile. Et le juge qui doit, selon l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 16 du même code, faire observer le principe de la contradiction, ne peut, selon l'alinéa 2 de cet article, retenir dans sa décision les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut, cependant, écarter les conclusions et pièces communiquées par les parties sans préciser les circonstances particulières qui ont empêché de respecter le principe de la contradiction ou caractériser un comportement de leur part contraire à la loyauté des débats<sup>117</sup> et il a été décidé que le juge ne pouvait écarter de sa propre initiative une pièce utile à la solution du litige si la régularité de celle-ci n'était pas contestée et si elle était mentionnée dans un bordereau<sup>118</sup>. Dans cette situation, aucune atteinte réelle n'est apportée au principe de contradiction puisque la partie adverse était en mesure de provoquer un incident de communication. Il a, aussi, été jugé que le juge ne pouvait fonder sa décision sur l'absence au dossier d'une pièce invoquée par une partie, qui figurait au bordereau des pièces annexé à ses dernières conclusions et dont la communication n'avait pas été contestée, sans inviter les parties à s'en expliquer<sup>119</sup>. Si dans une procédure avec représentation obligatoire, le respect de la contradiction découle d'un écrit, notamment d'un bordereau, s'agissant d'une procédure orale, sans représentation obligatoire, la communication est présumée avoir été faite en l'absence de toute contestation. Il est ainsi énoncé dans un arrêt de la deuxième chambre civile<sup>120</sup> que « la procédure sans représentation obligatoire étant une procédure orale, les pièces versées aux débats par une partie comparante sont réputées, sauf preuve contraire, avoir été débattues ».

– La communication doit avoir lieu en temps utile. C'est la référence à ce délai utile qui révèle le souci d'un comportement loyal<sup>121</sup>. Si les conclusions et les productions postérieures à l'ordonnance de clôture sont, sous réserve des exceptions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article 783, déclarées irrecevables<sup>122</sup>, et cela d'office, sans que les parties aient à être invitées à présenter leurs observations<sup>123</sup>, les conclusions et productions antérieures à l'ordonnance de clôture cessent d'être recevables lorsqu'elles interviennent trop peu de temps avant la clôture pour que la partie adverse soit en mesure de répondre utilement<sup>124</sup>.

117. 2<sup>e</sup> Civ., 11 janvier 2006, *Bull.* 2006, II, n° 14, pourvoi n° 04-14.305.

118. 2<sup>e</sup> Civ., 20 décembre 2001, *Bull.* 2001, II, n° 203, pourvoi n° 99-16.756.

119. 2<sup>e</sup> Civ., 11 janvier 2006 (3 arrêts), *Bull.* 2006, II, n° 10, pourvoi n° 03-18.577 ; n° 11, pourvoi n° 03-18.984 ; n° 12, pourvois n° 03-18.412 et 03-17.381.

120. 2<sup>e</sup> Civ., 11 janvier 2006, *Bull.* 2006, II, n° 9, pourvois n° 04-04.170 et 04-04.172.

121. A. Leborgne, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », in *RTD civ.* 1996, p. 535.

122. 1<sup>re</sup> Civ., 11 juin 2008, *Bull.* 2008, I, n° 169, pourvoi n° 07-19.558.

123. 2<sup>e</sup> Civ., 11 mars 1992, *Bull.* 1992, II, n° 80, pourvoi n° 90-19.699.

124. De telles conclusions, si elles contiennent un appel incident, peuvent être déposées jusqu'à la date de l'ordonnance de clôture et il appartient à la partie adverse, si elle entend y répondre, de demander le report de cette date ou la révocation de l'ordonnance de clôture (Ch. mixte, 3 février 2006, *Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 1, pourvoi n° 03-16.203).

Elles font donc échec aux droits de la défense<sup>125</sup> ou caractérisent un comportement contraire à la loyauté des débats<sup>126</sup>. La cour d'appel peut, d'office, décider d'écarter ces conclusions ou documents<sup>127</sup>. C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que le juge apprécie que des pièces n'ont pas été communiquées en temps utile<sup>128</sup> ou que des conclusions n'ont pas été déposées en temps utile<sup>129</sup>. La motivation doit cependant faire apparaître en quoi, eu égard à la teneur des conclusions ou à la nature, l'importance et au nombre des pièces, le délai laissé à la partie adverse pour les discuter a été ou non utile<sup>130</sup>.

#### 1.1.3.1.1.1.2. Les atteintes à l'obligation d'informer

Elles se produisent dans différentes hypothèses. D'une part, lorsqu'une partie détient un élément de preuve sans le produire aux débats ; d'autre part, lorsqu'une partie soit n'est pas appelée à l'instance, soit l'étant, ne comparait pas<sup>131</sup>.

- La communication imposée

Une partie peut détenir un élément de preuve utile à la solution du litige qu'elle ne produit toutefois pas. Si, pendant longtemps, il a été admis que nul n'était tenu de prouver contre lui-même, les dispositions applicables permettent au juge, depuis la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 à l'origine de l'article 10 du code civil, de la contraindre à produire aux débats une telle preuve. Cet article prévoit, en effet, que chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. L'article 11 du code de procédure civile fait, de son côté, application de ce principe à la procédure civile en disposant, notamment, que si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire au besoin à peine d'astreinte et qu'il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime. Ainsi que le souligne Mme Leborgne dans l'article précité, « c'est parce que le législateur veut que le procès civil soit un lieu d'affrontement loyal qu'il énonce des dispositions permettant de forcer la communication ».

125. 2<sup>e</sup> Civ., 11 janvier 2001, *Bull.* 2001, II, n° 5, pourvoi n° 99-13.060.

126. 2<sup>e</sup> Civ., 23 octobre 2003, *Bull.* 2003, II, n° 326, pourvoi n° 01-00.242 : adopte un comportement contraire à la loyauté des débats la partie qui, après avoir précédemment déposé des conclusions et communiqué des pièces le jour même où la clôture de l'instruction était annoncée, a, « réitérant ce comportement par le dépôt de conclusions récapitulatives à huit jours de l'ordonnance de clôture, [...] sans motif légitime, empêché son adversaire de faire valoir ses moyens en temps utile ». Cf. également 2<sup>e</sup> Civ., 4 mars 2004, *Bull.* 2004, II, n° 91, pourvoi n° 02-15.270 ; 2<sup>e</sup> Civ., 2 décembre 2004, *Bull.* 2004, II, n° 514, pourvoi n° 02-20.194 : une cour d'appel relevant qu'une partie a communiqué quelques instants avant la clôture une pièce qu'elle détenait depuis plusieurs mois, caractérise un comportement contraire à la loyauté des débats.

127. 2<sup>e</sup> Civ., 2 décembre 1992, *Bull.* 1992, II, n° 294, pourvoi n° 91-15.787.

128. Ch. mixte, 3 février 2006, *Bull.* 2006, Ch. mixte, n° 2, pourvoi n° 04-30.592.

129. 2<sup>e</sup> Civ., 22 mars 2006, *Bull.* 2006, II, n° 84, pourvoi n° 05-16.083.

130. 1<sup>re</sup> Civ., 20 février 2008, *Bull.* 2008, I, n° 57, pourvoi n° 07-12.676.

131. Cf., sur ce point, S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile*, Dalloz, p. 318 et s.

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

- L'ordonnance sur requête

L'article 17 du code de procédure civile prévoit la possibilité d'une mesure ordonnée par le juge à l'insu d'une partie. Aucune information n'est alors donnée à celle-ci. L'efficacité de la mesure en dépend. Dans ce cas l'atteinte au principe du contradictoire n'est que reportée puisque ce même article prévoit que la partie à l'insu de laquelle la mesure a été prise dispose d'un recours approprié contre la décision lui faisant grief. Elle pourra par la voie du référé obtenir la modification ou la rétractation de l'ordonnance rendue sur requête. La deuxième chambre civile a décidé que le juge saisi d'une demande de rétractation d'une ordonnance sur requête était investi des attributions du juge qui l'avait rendue et devait, après débat contradictoire, statuer sur les mérites de la requête<sup>132</sup>. Mais l'instance en rétractation ayant pour seul objet de soumettre à l'examen d'un débat contradictoire les mesures initialement ordonnées à l'initiative d'une partie en l'absence de son adversaire, la saisine du juge de la rétractation se trouver limitée à cet objet<sup>133</sup>.

- La partie appelée mais non comparante

Si le défendeur, bien qu'appelé ne comparaît pas, il ne peut, à l'évidence, bénéficier de l'information prévue pour la partie comparante. Le code de procédure civile prévoit, pourtant, qu'il est néanmoins statué sur le fond si une partie le demande. Le fonctionnement de la justice doit être assuré. Mais l'atteinte au principe de la contradiction varie selon les situations. Dans tous les cas où un jugement est rendu en l'absence du défendeur, le code de procédure civile prévoit, à tout le moins, que le juge ne fait droit à la demande que dans la mesure où il l'estime recevable et bien fondée. La Cour de cassation censure les jugements qui se bornent à constater par des motifs dont la généralité ne permet pas d'exercer son contrôle que la demande est régulière, recevable et bien fondée<sup>134</sup>. En cas de moyen soulevé d'office par le juge dans le cadre d'une procédure orale, la partie comparante qui a pu faire valoir ses observations ne peut se prévaloir de la violation du principe de la contradiction alléguée au préjudice de son adversaire<sup>135</sup>. L'atteinte sera très tenue, voire inexistante, dans le cas où le défendeur n'aura pas été assigné à personne et que le jugement aura été rendu en dernier ressort. Un tel jugement de défaut pourra, en effet, être l'objet d'une opposition, voie de rétractation, faisant revenir l'affaire devant la juridiction s'étant déjà prononcé, le principe de la contradiction avec ses obligations d'information étant alors applicable. Dans l'hypothèse où le défendeur n'ayant pas comparu n'a pas été assigné à personne mais où la décision n'est pas rendue en dernier ressort, celle-ci sera réputée contradictoire et sera, donc, susceptible d'appel. Le défendeur non comparant en première instance ne pourra donc bénéficier du principe du contradictoire que lors du second degré de juridiction.

132. 2<sup>e</sup> Civ., 9 décembre 1987, *Bull.* 1987, II, n° 262, pourvoi n° 86-18.139.

133. 2<sup>e</sup> Civ., 9 septembre 2010, *Bull.* 2010, II, n° 151, pourvoi n° 09-69.936.

134. Com., 17 juin 1986, *Bull.* 1986, IV, n° 124, pourvoi n° 84-16.887.

135. 2<sup>e</sup> Civ., 17 avril 2008, *Bull.* 2008, II, n° 99, pourvoi n° 06-21.859.

## TROISIÈME PARTIE : ÉTUDE

### 1.1.3.1.1.2. Les magistrats au procès civil et l'information des parties

Il y a lieu d'envisager ici d'une part, le juge civil et l'information des parties (1.1.3.1.1.2.1.), d'autre part, le ministère public et l'obligation d'information (1.1.3.1.1.2.2.).

#### 1.1.3.1.1.2.1. Le juge civil et l'information des parties

Le code de procédure civile donne au juge le pouvoir de soulever d'office des moyens de fait ou de droit. Mais ces moyens, déterminants pour l'issue du litige, doivent être connus des parties qui doivent être mises en mesure de les discuter. L'article 16 du code de procédure civile prévoit, d'ailleurs, en ce sens, que le juge doit, en toutes circonstances, observer lui-même le principe de la contradiction. Il en découle, pour lui, l'obligation, en principe, d'avertir les parties des moyens qu'il soulève de sa propre initiative.

- L'obligation d'avertir les parties au procès

Cette obligation concerne en premier lieu tous les moyens de droit relevés d'office. La Cour de cassation<sup>136</sup> a ainsi jugé que tout moyen de droit relevé d'office, même de pur droit ou d'ordre public, doit être soumis à la discussion contradictoire des parties.

Elle concerne, aussi, les moyens de fait. L'article 7 du code de procédure civile prévoit la possibilité pour le juge de prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions. Mais la Cour de cassation casse les arrêts ayant, ainsi, soulevé des moyens de fait, tirés du dossier ou même mentionnés dans les écritures sans qu'aucune conséquence juridique n'y soit attachée et sans que les parties aient été invitées à présenter des observations<sup>137</sup>.

Le juge peut remplir son obligation d'informer les parties et de provoquer un débat contradictoire sur le moyen relevé d'office à l'audience même. Mais devant la cour d'appel, un simple débat avec les avocats, sans que les avoués constitués en aient été informés, ne suffirait pas à respecter les exigences de l'article 16 du code de procédure civile. Le juge peut, également, faire usage de la note en délibéré prévue par l'article 445 du code de procédure civile. Il peut, aussi, décider la réouverture des débats en application de l'article 444 de ce code. Une telle réouverture n'entraîne pas, cependant, la révocation de l'ordonnance de clôture et permet seulement aux parties de conclure sur la question précisée<sup>138</sup>. Il peut, enfin, ordonner le renvoi de l'affaire à la mise en état, l'ordonnance de clôture étant alors révoquée et les parties pouvant invoquer de nouveaux moyens.

- Les limites de l'obligation d'informer

Le juge, lorsqu'il est saisi d'un moyen de droit, n'est nullement tenu, lorsqu'il statue sur les conditions d'application de la règle de droit invoquée, de susciter les observations des parties, le moyen étant dans la cause et les autres parties étant en mesure de répondre sur ce point<sup>139</sup>.

136. Ch. mixte, 10 juillet 1981, *Bull.* 1981, Ch. mixte, n° 6, pourvoi n° 77-10.745.

137. 1<sup>re</sup> Civ., 23 janvier 2008, pourvoi n° 06-22.017.

138. 2<sup>e</sup> Civ., 10 mars 2004, pourvoi n° 02-14.971.

139. 2<sup>e</sup> Civ., 10 février 2000, *Bull.* 2000, II, n° 28, pourvoi n° 98-13.354.

## L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR : LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

De même, peut-il soulever d'office sans provoquer préalablement un débat contradictoire entre les parties l'irrecevabilité de conclusions déposées postérieurement à l'ordonnance de clôture<sup>140</sup>.

### 1.1.3.1.1.2.2. *Le ministère public et l'obligation d'information*

Devant les juridictions de fond, le ministère public, lorsqu'il est partie jointe, doit, en application de l'article 431 du code de procédure civile, faire connaître son avis à la juridiction, soit en lui adressant des conclusions écrites qui sont mises à la disposition des parties, soit oralement à l'audience. La Cour de cassation a jugé que le ministère public intervenant en qualité de partie jointe et choisissant de déposer des conclusions écrites n'est pas tenu de les communiquer aux parties avant l'audience ; il suffit qu'elles soient mises à leur disposition le jour de l'audience<sup>141</sup>. Afin de répondre aux moyens ainsi développés, les parties sont autorisées à transmettre à la juridiction des notes en délibéré.

La Cour européenne des droits de l'homme<sup>142</sup> ayant jugé que l'impossibilité pour une partie de prendre connaissance de l'avis du ministère public et de répondre à ses conclusions avant le prononcé de l'arrêt méconnaît son droit à une procédure contradictoire, la pratique devant la Cour de cassation consiste, d'une part, à communiquer aux parties avant l'audience le sens des conclusions de l'avocat général, et d'autre part, à les informer de la date de l'audience. Les parties, ainsi informées, représentées ou non, peuvent y répondre en déposant des notes en délibéré. La Cour européenne des droits de l'homme a approuvé cette façon de faire<sup>143</sup>.

### 1.1.3.1.1.2. Règles spécifiques de procédure

Certains contentieux développent des règles qui leur sont propres en matière d'information. Ainsi seront présentées les particularités de l'information processuelle en droit du travail (1.1.3.1.1.2.1.) puis les règles de procédure propres au contentieux de la sécurité sociale (1.1.3.1.1.2.2.).

#### 1.1.3.1.1.2.1. Les particularités de l'information processuelle en droit du travail

L'obligation de respecter les règles générales du procès civil en matière d'information et, en particulier, le principe de la contradiction des débats judiciaires, s'applique aux acteurs du procès prud'homal, même si des tempéraments y ont été exceptionnellement apportés pour assurer le respect d'autres impératifs d'égale valeur, notamment dans le contentieux syndical, pour éviter de révéler l'orientation syndicale des salariés (Soc., 8 juillet 2009, *Bull.* 2009, V, n° 180, pourvois n° 09-60.031, 09-60.032 et 09-60.011). Ainsi, si le juge saisi de la contestation d'un licenciement a l'obligation de vérifier d'office que la lettre de licenciement est motivée, il ne peut toutefois tirer de conséquence de ses constatations

140. 2<sup>e</sup> Civ., 11 mars 1992, *Bull.* 1992, II, n° 80, pourvoi n° 90-19.699.

141. 1<sup>re</sup> Civ., 20 juillet 1994, *Bull.* 1994, I, n° 259, pourvoi n° 92-14.665.

142. CEDH, 20 février 1996, Vermeulen c. Belgique, requête n° 19075/91.

143. CEDH, 31 mars 1998, Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France, requêtes n° 23043/93 et 22921/93.

qu'à la condition que les parties aient été mises préalablement en mesure d'en débattre de façon contradictoire (Soc., 12 juillet 2010, *Bull.* 2010, V, n° 169, pourvois n° 08-40.740 à 08-40.750 et 08-40.752 à 08-40.821).

Mais la matière du procès prud'homal engendre des particularités qui appellent des solutions spécifiques, en matière d'information du juge et des parties.

Il en est ainsi, d'abord, dans le contentieux des licenciements collectifs pour motif économique. Le code du travail impose en effet à l'employeur de communiquer au juge, dans un bref délai de huit jours à compter de sa convocation, tous les éléments d'information fournis aux représentants du personnel ou à l'administration du travail. Un retard pris dans cette communication peut ouvrir droit au paiement de dommages-intérêts, s'il est justifié d'un préjudice causé au salarié (Soc., 12 juillet 2004, pourvoi n° 02-40.312). Un tel retard ne suffira pas pour autant à priver le licenciement de cause réelle et sérieuse, mais une carence totale de l'employeur dans la communication de ces éléments d'information exercera nécessairement une influence sur son appréciation de la cause du licenciement.

En matière de discrimination, la chambre sociale a été amenée à se prononcer, le 2 juin 2010 (*Bull.* 2010, V, n° 124, pourvoi n° 08-40.628) sur le régime de la participation de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) au procès, au regard des dispositions du code de procédure civile et de l'exigence du procès équitable, imposée par l'article 6 de la CEDH et impliquant l'égalité des armes. La cour d'appel avait en effet reçu l'intervention volontaire de cette institution dans le litige opposant un employeur à son salarié, lui reconnaissant ainsi la qualité de partie à la procédure, et il était soutenu que cette intervention, venant appuyer les demandes du salarié, déséquilibrait le procès, au détriment de l'employeur. Pour écarter le grief fait à la décision d'appel de déséquilibrer ainsi le litige au détriment de l'employeur, la position de la HALDE appuyant les prétentions du salarié, la chambre sociale a retenu que la possibilité donnée à cette autorité de présenter des observations à l'audience n'est pas contraire à la Directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, et qu'elle n'affecte pas en elle-même l'équité et l'équilibre du procès, dans la mesure où les parties peuvent répliquer aux observations de la HALDE, que les éléments produits par elle sont soumis à un débat contradictoire et que le juge conserve le pouvoir d'apprécier leur valeur probante.

Le pouvoir accordé à une autorité administrative indépendante de faire connaître son point de vue dans un litige auquel elle n'est pas directement partie (et de produire des éléments d'appréciation) n'est pas limité à ce cas. Il était notamment conféré à la Commission des opérations de bourse par un décret n° 90-263 du 23 mars 1990, dans le cadre d'un recours contre ses décisions. La chambre commerciale avait retenu, pour écarter toute atteinte à l'égalité des armes, que cette commission n'intervenait pas comme partie à l'instance d'appel, l'arrêt étant seulement rendu en sa présence, et que l'auteur du recours avait la possibilité de répondre à ses observations, de sorte que les droits de la défense n'étaient pas atteints (Com., 9 avril 1996, *Bull.* 1996, IV, n° 115, pourvoi n° 94-11.323).

C'est une motivation similaire qui est reprise dans l'arrêt de la chambre sociale. Les garanties dont bénéficient les parties dans le déroulement de la procédure ne permettent pas de considérer que la seule participation de la HALDE au procès, pour y présenter des



observations, porte atteinte aux droits de la défense, dès lors que la contradiction est assurée et que l'opinion exprimée par cette autorité ne lie pas le juge. Les dispositions de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, modifiée par la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006, donnent aux juridictions saisies de faits relatifs à une discrimination le pouvoir d'inviter la Haute Autorité ou son représentant à présenter des observations. L'article 13 de la loi autorise aussi la HALDE à « demander à être entendue » par la juridiction saisie, cette audition étant alors de droit. Il faut donc y voir une figure particulière du procès qui ne s'identifie pas à une intervention volontaire relevant des articles 328 à 330 du code de procédure civile car la Haute Autorité n'exprime aucune prétention propre. Elle n'appuie pas davantage les prétentions du salarié « pour la conservation de ses droits » (article 330 du même code). N'étant pas partie, elle ne peut présenter des demandes, ni exercer de recours contre la décision rendue, ni avoir à supporter des dépens. En outre, la possibilité qui lui est ouverte par la loi de 2004, modifiée en 2006, n'est pas contraire à la Directive du 29 juin 2000 puisque l'article 13 de la Directive n'interdit pas au législateur national de reconnaître à un organisme national le pouvoir de fournir des éléments d'information au juge dans un litige portant sur cette question et dans le cadre de l'aide fournie à un salarié dénonçant une discrimination illicite.

#### 1.1.3.1.1.2.2. Règles de procédure propres au contentieux de la sécurité sociale

S'il répond aux principes directeurs de la procédure civile (notamment les principes de la contradiction et de l'oralité), le contentieux de la sécurité sociale est soumis, pour partie, à des règles qui lui sont propres. L'observation vaut en particulier, en quelque sorte en amont du contentieux proprement dit, quant à l'obligation faite aux organismes de sécurité sociale d'informer précisément leurs usagers des conditions dans lesquelles ils peuvent contester les décisions qui leur sont opposées.

Eu égard à la brièveté des délais impartis (normalement deux mois à compter de la notification de la décision) à l'usager pour engager la procédure contentieuse ainsi qu'à la complexité de la procédure qui subordonne la saisine des juridictions du contentieux à l'exercice, au préalable, d'un recours auprès de la commission de recours amiable de l'organisme, la Cour de cassation a entendu faire peser sur les organismes de sécurité sociale une obligation étendue d'information de leurs usagers, à peine d'inopposabilité de la forclusion tirée de la tardiveté du recours.

- Il en va ainsi en amont de la procédure contentieuse lors de la saisine de la commission de recours amiable, la jurisprudence faisant strictement application des dispositions de l'article R. 142-1 du code de la sécurité sociale qui, tout en prévoyant que la commission doit être saisie à peine de forclusion dans les deux mois de la notification de la décision initiale de l'organisme, précisent que la forclusion ne peut être opposée que si le délai est mentionné dans la notification de la décision. Pour la Cour de cassation, la forclusion ne peut être opposée dès lors que la notification ne mentionne pas, précisément, les voies et délais de recours (Soc., 14 mai 1998, *Bull.* 1998, V, n° 261, pourvoi n° 96-18.073 et 2<sup>e</sup> Civ., 3 avril 2003, *Bull.* 2003, II, n° 102, pourvoi n° 01-20.886). De même la forclusion tirée de l'absence de saisine, préalablement au recours contentieux, de la commission de recours amiable de l'organisme ne peut être relevée à l'encontre de l'usager lorsque la notification de la décision initiale n'informait pas le destinataire de l'obligation pour lui d'engager la procédure amiable avant tout recours contentieux (2<sup>e</sup> Civ., 12 février 2009, pourvoi n° 07-12.075).

- Il en va de même s'agissant de la saisine proprement dite des juridictions du contentieux général de la sécurité sociale. La saisine doit intervenir dans les deux mois soit de la notification de la décision de la commission de recours amiable de l'organisme, soit de l'expiration du délai d'un mois à compter de la saisine de la commission de recours amiable valant rejet implicite de la demande.

L'opposabilité des conditions de délai est subordonnée toutefois à l'information en bonne et due forme de l'utilisateur. La jurisprudence n'a cessé d'ailleurs de renforcer les obligations pesant sur ce point sur les organismes. On retiendra ainsi :

- que la forclusion ne peut être opposée à l'auteur du recours que s'il a été informé des délais et modalités de contestation de la décision de recours amiable (Soc., 4 mars 1993, *Bull.* 1993, V, n° 82, pourvoi n° 87-18.960; Soc., 6 juillet 2000, *Bull.* 2000, V, n° 269, pourvoi n° 98-22.261; 2° Civ., 3 avril 2003, *Bull.* 2003, II, n° 102, pourvoi n° 01-20.886);
- que les délais de recours contentieux contre la décision expresse de rejet de la commission de recours amiable ne courent qu'à compter de la date à laquelle l'utilisateur a eu connaissance de celle-ci (2° Civ., 16 septembre 2003, *Bull.* 2003, II, n° 272, pourvoi n° 02-30.437);
- que les délais ne sont opposables que pour autant que la notification de la décision initiale de l'organisme ou l'accusé de réception du recours amiable mentionne les conditions dans lesquelles le défaut de réponse de celle-ci dans le délai d'un mois vaut rejet implicite et peut faire l'objet d'un recours contentieux (Soc., 1<sup>er</sup> mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 70, pourvoi n° 99-12.547);
- que la seule notification d'une décision de rejet, même assortie des voies et délais de recours, ne suffit pas à rendre les délais de recours opposables; encore convient-il que la motivation de la décision de la commission de recours amiable ait été portée à la connaissance de l'utilisateur (Soc., 11 mai 2001, *Bull.* 2001, V, n° 164, pourvoi n° 99-17.794; *Dr. soc.* 2001, p. 781, obs. X. Prétot).

L'obligation d'information de l'utilisateur s'impose avec une rigueur toute particulière lorsque les relations entre le service public et l'utilisateur s'inscrivent dans le cadre d'une procédure complexe, tel le recouvrement forcé des cotisations qui peut faire l'objet, successivement, d'une mise en demeure et d'une contrainte, chacune également susceptible d'un recours contentieux. L'organisme de recouvrement ne saurait faire obstacle, lorsque le redevable fait opposition à la contrainte, à la contestation du bien-fondé de la dette de cotisation, à moins que le redevable n'ait été dûment informé, lors de la notification de la mise en demeure, des conditions dans lesquelles il pouvait contester celle-ci (Soc., 30 novembre 2000 – 2 arrêts –, *Bull.* 2000, V, n° 409, pourvoi n° 99-12.651 et n° 410, pourvoi n° 99-12.543; *Dr. soc.* 2001, p. 331, obs. X. Prétot).

La jurisprudence ne verse pas toutefois dans le formalisme : une nouvelle notification de sa décision par un organisme n'ouvre pas un nouveau délai de recours contentieux lorsque la décision avait fait l'objet d'une notification mentionnant les voies et délais de recours (2° Civ., 5 février 2009, *Bull.* 2009, II, n° 35, pourvoi n° 07-13.589).

#### **1.1.3.1.2. Le procès pénal**

Le principe du procès équitable est considéré comme le « schéma fondateur » de l'État de droit et des régimes démocratiques. Bien que la Convention européenne des droits de

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

l'homme n'en fasse pas mention spécifiquement, il se déduit, selon la Cour européenne, de l'article 6 § 1 de ladite Convention, aux termes duquel toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue « équitablement », c'est-à-dire, notamment, dans le respect du contradictoire et de l'égalité des armes<sup>144</sup>. L'article préliminaire du code de procédure pénale, introduit en droit positif par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence et les droits des victimes, énonce quant à lui expressément que « la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des parties ».

Pour la Cour européenne, le principe du contradictoire implique, d'une part, le droit pour une partie, de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter (CEDH, 20 février 1996, Lobo Machado c. Portugal, requête n° 15764/89), d'autre part, que les éléments de preuve détenus par l'autorité de poursuite ainsi que ses réquisitions soient portés à la connaissance des autres parties<sup>145</sup> et, enfin, que le juge ne fonde sa décision sur des moyens de droit ou des éléments de preuve qui n'auraient pas été discutés par les parties<sup>146</sup>.

Le principe de l'égalité des armes<sup>147</sup> commande, quant à lui, que « chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire<sup>148</sup> », ce qui ne saurait être le cas dans l'hypothèse où seule une partie aurait accès à des informations relatives à la procédure en cours.

L'évolution de la jurisprudence de la chambre criminelle se caractérise par une prise en considération croissante des exigences de l'article 6 § 1 de la Convention européenne et préliminaire du code de procédure pénale, ce qui a conduit cette juridiction à renforcer, au-delà de l'interprétation littérale des dispositions dudit code, le « droit de savoir » des parties à un procès pénal, et ce à tous les stades de la procédure<sup>149</sup>.

Seule la jurisprudence récente sera au centre des développements qui suivent et qui évoqueront, successivement, l'information sur la cause et la nature de l'accusation (1.1.3.1.2.1.), sur les éléments de preuve recueillis (1.1.3.1.2.2.), sur l'argumentation des autres parties et du ministère public (1.1.3.1.2.3.) et enfin sur les moyens qu'entend soulever d'office le juge (1.1.3.1.2.4.).

Pour des raisons liées à son volume nécessairement limité, est exclue de cette étude l'information des parties sur leurs droits *stricto sensu*, tels, et pour citer les plus importants, le droit pour toute personne accusée, au sens de la Convention européenne, d'être assistée d'un

144. Selon la Cour européenne, l'égalité des armes représente un élément de la notion plus large de procès équitable qui englobe aussi le caractère contradictoire de l'instance (CEDH, 23 juin 1993, Ruiz-Mateos c. Espagne, requête n° 12952/87).

145. CEDH, 16 février 2000, Fitt c. Royaume-Uni, requête n° 29777/96.

146. F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2009, n° 438.

147. Cf. CEDH, 27 juin 1968, Neumeister c. Autriche, requête n° 1936/63.

148. CEDH, 24 février 1997, De Haes et Gijssels c. Belgique, requête n° 19983/92.

149. Sur cette question, cf. l'étude sur « La Cour de cassation et la construction juridique européenne » dans le *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2006, p. 181.

avocat (lors de son placement en garde à vue : article 63-1 du code de procédure pénale ; au cours de l'information : articles 80-2 et 116 du même code ; lorsqu'une détention provisoire est envisagée : article 145 du même code ; et en cas de saisine du tribunal correctionnel : articles 390-1 et 393 du même code), le droit pour la personne gardée à vue d'être immédiatement informée de la durée légale de la mesure ainsi que de son droit de prévenir un proche, de se faire examiner par un médecin et de demander à s'entretenir avec un avocat (article 63-1 du code de procédure pénale), le droit pour la personne présentée à un juge d'instruction soit de se taire, soit de faire des déclarations, soit d'être interrogée (article 116 du même code), le droit pour les parties de formuler des demandes d'actes ou des requêtes en annulation. On gardera néanmoins en mémoire que l'information sur ces divers droits est essentielle pour assurer une défense effective.

### 1.1.3.1.2.1. L'information sur la nature et la cause de l'accusation

#### 1.1.3.1.2.1.1. Fondements conventionnels et légaux

L'article 5 § 2 de la Convention européenne pose le principe que « toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle ». Faisant écho à cette disposition, l'article 6 § 3 a de ladite Convention affirme le droit, pour tout accusé, d'« être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ».

Selon la Cour européenne, le paragraphe 2 de l'article 5 énonce ainsi une garantie élémentaire à toute personne arrêtée, celle de connaître les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté, afin qu'elle puisse en discuter la légalité devant un tribunal en vertu du paragraphe 4 de ladite Convention. Quant à l'article 6 § 3 précité, il reconnaît à l'accusé le droit d'être informé non seulement de la cause de l'accusation, c'est-à-dire des faits matériels qui sont mis à sa charge et sur lesquels se fonde l'accusation, mais aussi de la qualification juridique donnée à ces faits et ce, d'une manière détaillée, condition essentielle de l'équité de la procédure.

En conformité avec ces exigences conventionnelles, le code de procédure pénale aménage, de façon graduelle, tout au long de la procédure pénale, ce droit d'information, qui n'est plein et entier qu'à l'achèvement de l'enquête ou de l'information judiciaire, lors de la saisine de la juridiction<sup>150</sup>. C'est ainsi que si l'article 63-1, alinéa 1, du code de procédure pénale énonce que « toute personne placée en garde à vue est immédiatement informée [...] de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête<sup>151</sup> », les articles 80-2 et 116 du code de procédure pénale exigent du juge d'instruction une information plus précise puisque celui-ci doit donner connaissance à la personne qu'il envisage de mettre en examen « chacun des faits dont [il] est saisi et pour lesquels la mise en examen est envisagée, tout en précisant leur qualification juridique ». Enfin, lors de la saisine de la juridiction,

150. Cf. F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2009, n° 523.

151. Cf. CEDH, 20 novembre 2008, Maire d'Église c. France, requête n° 20335/04, qui déclare ce dispositif conforme aux exigences conventionnelles.

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

l'information de la personne doit porter tant sur le fait poursuivi que sur le texte de loi qui le réprime (articles 551 pour la citation et 390-1 du même code pour la convocation par officier de police judiciaire). Bien que l'article 179 du code de procédure pénale ne l'énonce pas expressément, il va de soi que l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction doit déterminer les faits déférés et leur qualification juridique. Le code de procédure pénale prévoit, en outre, que la juridiction de jugement doit rappeler à la personne poursuivie l'accusation dont elle fait l'objet, soit, en matière délictuelle, par l'intermédiaire du président qui doit lui donner connaissance de l'acte qui a saisi le tribunal (article 406 du code de procédure pénale), soit, en matière criminelle, par la lecture de la décision de renvoi (article 327 du même code).

1.1.3.1.2.1.2. La précision de l'acte de saisine de la juridiction

La précision de l'acte de saisine de la juridiction, et notamment de la citation, a donné lieu à plusieurs arrêts de la chambre criminelle. L'article 551 du code de procédure pénale prévoit que la citation doit énoncer le fait poursuivi et le texte de loi qui le réprime, la nullité d'une telle citation ne pouvant être prononcée que lorsqu'elle a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne, selon l'article 565 dudit code.

S'agissant de l'information sur les faits poursuivis, la chambre criminelle n'exige pas que la citation comporte un exposé détaillé des faits poursuivis et des circonstances de leur commission dès lors que les mentions de ladite citation mettent en mesure le prévenu de préparer ses moyens de défense.

Ainsi, est régulière la citation du chef de conduite malgré l'invalidation du permis de conduire, qui énonce les faits poursuivis et vise le texte du code de la route qui les réprime, peu important l'absence de référence faite à la décision préfectorale portant injonction de restituer le permis de conduire invalidé, dès lors qu'il résulte du dossier que le prévenu connaissait l'interdiction de conduire dont il faisait l'objet (Crim., 31 octobre 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 269, pourvoi n° 06-84.670).

La pratique veut que la citation à comparaître devant une juridiction pénale obéisse à une forme réunissant dans la même proposition l'ensemble des éléments répondant aux exigences de l'article 551 du code de procédure pénale. Dans une espèce où la partie civile, procédant par la voie de la citation directe devant le tribunal correctionnel, avait fait le choix d'un récit des faits reprochés, puis d'une indication de la qualification pénale qu'elle entendait leur appliquer, la chambre a été conduite à préciser qu'une telle façon de procéder était régulière, la citation comportant la description détaillée des faits poursuivis et la référence aux principaux textes de loi qui les répriment (Crim., 10 septembre 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 183, pourvoi n° 08-80.817).

La question de la précision de la citation revêt une acuité particulière en matière douanière, dans l'hypothèse où un opérateur économique, se livrant à de multiples opérations, fait l'objet de poursuites. La citation doit lui permettre, en effet, de connaître précisément celles qui font l'objet du litige<sup>152</sup>.

152. Sur cette question, cf. Ch. Soulard, *Guide pratique du contentieux douanier*, Litec, 2008, n° 370.

La chambre criminelle a jugé que ne satisfaisaient pas aux exigences de l'article 551 du code de procédure pénale et de l'article 6 § 3 de la Convention européenne des citations, auxquelles n'étaient pas joints les procès-verbaux de notification d'infractions, qui se bornent à énoncer que des commissionnaires en douane sont poursuivis pour diverses infractions douanières commises sur une période de cinq ans à l'occasion d'opérations d'importation, sans préciser les dates ou numéros de référence des opérations en cause ni la nature des marchandises sur lesquelles elles ont porté, et sans indiquer le nombre et la date des procès-verbaux auxquels les citations renvoient. Dans les faits de l'espèce, les citations mentionnaient « faits résultant de procès-verbaux de douane établis entre le 10 septembre 1996 et le 14 décembre 2001 » (Crim., 29 juin 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 201, pourvoi n° 04-82.614).

Dans son appréciation de la précision des citations, la chambre criminelle fait preuve de pragmatisme : lorsque les procès-verbaux sur lesquels sont fondées les poursuites sont joints à la citation, la chambre criminelle admet qu'ils soient pris en considération pour apprécier si le prévenu a été mis en mesure de préparer sa défense (Crim., 30 mai 1994, *Bull. crim.* 1994, n° 210, pourvoi n° 93-81.943). On notera que cette prise en compte des procès-verbaux ne saurait avoir pour conséquence d'étendre les faits, objet des poursuites (Crim., 9 mars 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 83, pourvoi n° 04-81.597).

Si les procès-verbaux ne sont pas joints à la citation, la chambre criminelle admet qu'il puisse néanmoins en être tenu compte dès lors qu'il est établi que le prévenu en a reçu copie. La chambre criminelle a ainsi eu l'occasion de juger que ne justifie pas sa décision la cour d'appel qui, pour faire droit à l'exception de nullité des citations soulevée par les prévenus, prise de leur imprécision, relève que celles-ci énoncent les caractéristiques générales des infractions poursuivies et renvoient à des procès-verbaux non joints les informations définissant les circonstances précises de commission de chacune des opérations litigieuses, sans répondre aux conclusions de l'administration des douanes qui faisait valoir que le prévenu, qui avait signé, reçu copie et annoté le procès-verbal, auquel était annexé le détail des déclarations d'importations, objet de la fraude, ne pouvait se prévaloir d'aucune atteinte à ses intérêts (Crim., 15 mai 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 122, pourvoi n° 07-85.933).

S'agissant de l'exigence du visa du texte, la jurisprudence de la chambre criminelle est très souple : l'erreur portant sur le visa du texte n'est sanctionnée par la nullité que si elle a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la personne poursuivie. Tel n'est pas le cas d'une citation visant un texte de loi abrogé mais repris à droit constant dans le code de la consommation (Crim., 5 mai 1997, pourvoi n° 95-85.799), ou de citations délivrées par l'administration des douanes qui comportent le détail des faits reprochés ainsi que la référence aux règlements communautaires et à l'article 410 du code des douanes, dont la violation constitue l'infraction visée par la poursuite, peu important que lesdites citations n'aient pas précisé les articles applicables de ces règlements et qu'aient été visés à tort d'autres textes du code des douanes non appliqués en l'espèce (Crim., 14 janvier 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 13, pourvoi n° 02-87.935).

Par ailleurs, on observera qu'il suffit que figurent dans la citation directe les articles de loi définissant l'incrimination et les peines principales encourues, le prononcé d'une peine complémentaire n'étant pas subordonné au visa, dans le titre de poursuite, du texte qui le prévoit (Crim., 24 janvier 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 46, pourvoi n° 94-86.152). Inversement,

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

le seul visa des articles prévoyant les peines complémentaires, dès lors qu'ils renvoient expressément au texte précisant la peine principale encourue, n'est pas susceptible d'affecter la validité de la citation (Crim., 25 juin 2003, pourvoi n° 02-86.892).

1.1.3.1.2.1.3. L'information postérieure à la saisine de la juridiction

1.1.3.1.2.1.3.1. *La requalification des faits*

En matière correctionnelle, « le juge correctionnel, qui n'est pas lié par la qualification donnée à la prévention, ne peut prononcer une décision de relaxe qu'autant qu'il a vérifié que les faits dont il est saisi ne sont constitutifs d'aucune infraction » (Crim., 11 mai 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 131, pourvoi n° 05-85.637). En matière criminelle, la chambre criminelle juge que « c'est un principe fondamental que la cour d'assises doit juger l'accusation telle que les débats la font apparaître et non telle que la procédure écrite l'avait établie ; que les faits résultant des débats peuvent être l'objet d'une question subsidiaire lorsqu'ils ne constituent qu'une circonstance de l'accusation c'est-à-dire lorsqu'ils n'entraînent que la modification, l'aggravation ou l'atténuation de celle-ci sans en changer la substance » (Crim., 12 mai 1970, *Bull. crim.* 1970, n° 158, pourvoi n° 70-90.223).

La chambre criminelle pose ainsi l'obligation pour les juridictions de requalifier les faits dont elles sont saisies. Toutefois, cette obligation de requalification doit être mise en œuvre dans des conditions qui garantissent le droit de l'accusé d'être d'informé de la nature et de l'accusation portée contre lui, notamment lorsqu'une telle requalification intervient à l'issue des débats, voire en cours de délibéré. Dans l'arrêt Pélissier et Sassi c. France du 25 mars 1999 (CEDH, requête n° 25444/94), la Cour européenne a subordonné l'exercice du pouvoir de requalification du juge à l'information préalable et complète du prévenu sur l'éventualité d'une modification de la qualification initiale, associée au droit de disposer du temps et des facilités nécessaires pour préparer sa défense sur celle envisagée. Elle a néanmoins précisé que « les dispositions de l'article 6 § 3 a) n'imposent aucune forme particulière quant à la manière dont l'accusé doit être informé de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ».

Se fondant sur l'article 388 du code de procédure pénale, l'article 6 § 1 de la Convention européenne et sur l'article préliminaire du code de procédure pénale, la chambre criminelle a fait sienne ces exigences et énonce avec constance que « s'il appartient aux juges répressifs de restituer aux faits dont ils sont saisis leur véritable qualification, c'est à la condition que le prévenu ait été en mesure de présenter sa défense sur la nouvelle qualification envisagée » (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 ; Crim., 16 mai 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 129, pourvoi n° 06-87.866 ; Crim., 13 février 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 38, pourvoi n° 07-81.097).

La jurisprudence de la chambre criminelle est désormais abondante sur la question et il conviendra, sur ce point, de se référer à l'étude publiée dans le *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2007 (quatrième partie, VII, A, § 2).

#### 1.1.3.1.2.1.3.2. L'état de récidive

Depuis 1983, sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne, la chambre criminelle énonçait, de façon constante, que tout prévenu a droit à être informé d'une manière détaillée de la nature et de la cause de la prévention dont il est l'objet et doit, par suite, être mis en mesure de se défendre, tant sur les divers chefs d'infraction qui lui sont reprochés, que sur chacune des circonstances aggravantes susceptibles d'être retenues à sa charge et qu'il en est ainsi de l'état de récidive non visé à la prévention. (Crim., 22 juin 1983, *Bull. crim.* 1983, n° 193, pourvoi n° 83-90.170; Crim., 2 juillet 1991, *Bull. crim.* 1991, n° 290, pourvoi n° 91-82.997; Crim., 17 décembre 1997, *Bull. crim.* 1997, n° 434, pourvoi n° 97-81.852; Crim., 21 novembre 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 347, pourvoi n° 00-80.616; Crim., 20 septembre 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 274, pourvoi n° 99-82.846).

L'article 16 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales a consacré cette jurisprudence dans un nouvel article 132-16-5 du code pénal qui dispose que « l'état de récidive légale peut être relevé d'office par la juridiction de jugement même lorsqu'il n'est pas mentionné dans l'acte de poursuites, dès lors qu'au cours de l'audience la personne poursuivie en a été informée et qu'elle a été mise en mesure d'être assistée d'un avocat et de faire valoir ses observations ».

La Cour de cassation se montre très rigoureuse en ce qui concerne l'information de la personne poursuivie. Ainsi, dans un arrêt du 16 janvier 2008 (*Bull. crim.* 2008, n° 11, pourvoi n° 07-83.218), elle a jugé, en matière criminelle, qu'il se déduit de l'article précité que l'état de récidive, qui n'est pas mentionné dans l'acte de renvoi, ne peut être relevé d'office que si le président de la cour d'assises a mis en mesure l'accusé ou son avocat de présenter leurs observations à ce sujet avant réquisitoire et plaidoiries. Cette solution, confirmée par la suite (Crim., 17 février 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 33, pourvoi n° 09-84.193), est d'autant plus protectrice des droits de la personne poursuivie que, dans les faits de l'espèce, la récidive avait été retenue par la juridiction du premier degré et se trouvait donc nécessairement dans le débat devant la cour d'assises d'appel, dont la décision a été censurée.

#### 1.1.3.1.2.2. Le droit d'être informé sur les éléments de preuve recueillis

Selon la Cour européenne, le droit pour l'accusé d'accéder au dossier de la procédure constitue l'une « des facilités nécessaires à la préparation de sa défense », prévue à l'article 6 § 3 de la Convention européenne. Ce droit d'accéder au dossier est également garanti à la partie civile mais sur le fondement du principe plus général de l'égalité des armes, prévu à l'article 6 § 1 de la Convention. L'exercice de ce droit doit néanmoins se concilier avec le principe du secret de l'instruction, énoncé à l'article 11 du code de procédure pénale en ces termes : « sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète ».



1.1.3.1.2.2.1. L'accès au dossier au stade de l'enquête

En l'état, le droit français n'offre pas accès au dossier de la procédure durant la phase d'enquête préalable<sup>153</sup>, conduite sous l'autorité du procureur de la République. La procédure demeure secrète, à l'égard des suspects, des victimes et des plaignants dès lors que, juridiquement, ces derniers n'ont pas la qualité de parties à ce stade de la procédure.

Il est néanmoins possible de se demander si la récente jurisprudence de la Cour européenne relative à la présence de l'avocat lors de la garde à vue ne devrait pas conduire à lever, au moins partiellement, le caractère secret de la procédure à ce stade de la procédure. Dans l'arrêt *Dayanan c. Turquie* du 13 octobre 2009 (requête n° 7377/03, point 32), la Cour énonce en effet que « comme le souligne les normes internationales généralement reconnues, que la Cour accepte et qui encadrent sa jurisprudence, un accusé doit, dès qu'il est privé de liberté, pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat et cela indépendamment des interrogatoires qu'il subit [...]. En effet, l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil. À cet égard, la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer ». Il pourrait en être déduit que l'équité de la procédure commande que l'avocat de la personne gardée à vue ait accès à la procédure établie par les autorités d'enquête.

1.1.3.1.2.2.2. L'accès au dossier au stade de l'instruction

1.1.3.1.2.2.2.1. L'accès des avocats des parties

Au stade de l'instruction, et de longue date, les avocats des parties se sont vus reconnaître l'accès au dossier de la procédure, que ce soit devant le juge d'instruction ou devant la chambre de l'instruction (articles 114 et 197 du code de procédure pénale). Consécutivement à cet accès, après la première comparution ou la première audition, les avocats des parties ont le droit de se faire délivrer, à leurs frais, copie des pièces et actes du dossier.

Il va de soi que la procédure mise à la disposition du conseil doit être complète et porter sur toutes les pièces de la procédure en l'état où elle se trouve au moment où a lieu la communication (Crim., 28 juillet 1958, *Bull. crim.* 1958, n° 589, pourvoi n° 92-725.58), l'inobservation de cette prescription ne saurait néanmoins entraîner de nullité de procédure lorsque aucune atteinte n'a été portée aux intérêts de la partie concernée, ni aux droits de la défense (Crim., 26 juillet 1989, *Bull. crim.* 1989, n° 298, pourvoi n° 89-83.113).

Dans deux arrêts récents (Crim., 29 janvier 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 22, pourvoi n° 06-89.245 et Crim., 17 juin 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 149, pourvoi n° 07-80.339), la chambre criminelle a été conduite à apprécier la conformité à la Convention européenne de l'alinéa 3 de l'article 197 du code de procédure pénale qui réserve la communication

153. Une exception est prévue, en matière de criminalité organisée, dans des termes très restrictifs (article 706-105 du code de procédure pénale), au profit de la personne gardée à vue, qui n'a pas fait l'objet de poursuites, qui interroge le procureur de la République sur la suite réservée à l'enquête et que ce dernier informe de son intention de procéder à une nouvelle audition ou à un nouvel interrogatoire.

du dossier devant la chambre de l'instruction aux seules parties civiles « dont la constitution n'a pas été contestée ou, en cas de contestation, lorsque celle-ci n'a pas été retenue ». Dans leur pourvoi, les demandeurs soutenaient que cette disposition conduisait l'appelant d'une ordonnance d'irrecevabilité de sa constitution de partie civile à se voir opposer, par la chambre de l'instruction, un refus de communication du dossier alors même qu'en raison de l'effet suspensif attaché à l'appel de la partie civile, celle-ci conservait cette qualité tant qu'une décision définitive n'était pas intervenue sur la recevabilité de sa constitution (Crim., 28 mai 1968, *Bull. crim.* 1968, n° 176, pourvoi n° 67-90.121). La chambre criminelle, rejetant cette analyse, a répondu que la disposition contestée n'était pas incompatible avec l'article 6 § 1 de la Convention précitée. Il convient en effet d'observer que si l'article précité garantit les droits d'accès à la procédure de l'avocat de la partie civile, le caractère secret de la procédure d'instruction peut se justifier par des raisons tenant à la protection de la vie privée des parties au procès et aux intérêts de la justice, au sens de la deuxième phrase de l'article 6 § 1 de la Convention (CEDH, 15 juillet 2003, *Ernst et autres c. Belgique*, requête n° 33400/96, point 68). Or, en l'espèce, l'article 197, alinéa 3, du code de procédure pénale permet de faire obstacle à ce que des tiers à la procédure ne cherchent en réalité qu'à s'introduire pernicieusement dans un dossier pénal.

#### 1.1.3.1.2.2.2. L'accès des parties elles-mêmes

S'agissant des parties elles-mêmes, sur le fondement du secret de l'instruction, il avait été jugé que si un avocat, autorisé à se faire délivrer des copies du dossier d'instruction, pouvait procéder à leur examen avec son client pour les besoins de la défense de ce dernier, il ne saurait en revanche lui remettre ces copies qui ne lui sont délivrées que pour son « usage exclusif » et doivent demeurer couvertes par le secret de l'instruction (Ass. plén., 30 juin 1995, *Bull.* 1995, Ass. plén., n° 3, pourvoi n° 95-13.035).

Le législateur est intervenu en 1996<sup>154</sup> pour infléchir cette position et autoriser les avocats à transmettre une reproduction des copies du dossier à leur client, sous réserve cependant que le juge d'instruction, informé de cette volonté, ne s'y oppose pas par une ordonnance spécialement motivée au regard des risques de pression sur les victimes, les personnes mises en examen, leurs avocats, les témoins, les enquêteurs, les experts ou tout autre personne concourant à la procédure (nouvel alinéa 8 de l'article 114 du code de procédure pénale).

Il n'en demeure pas moins qu'en l'absence de toute disposition législative dérogeant sur ce point au secret de l'instruction, une partie qui a décidé de se défendre seule n'a pas accès au dossier. Selon la chambre criminelle, l'article 6 § 3 de la Convention européenne n'impose pas la remise des copies des pièces du dossier à l'inculpé qui, en refusant l'assistance d'un avocat, se prive du bénéfice des dispositions de l'article 197, dernier alinéa, du code de procédure pénale réservant cette délivrance aux seuls avocats des personnes mises en examen et des parties civiles (Crim., 4 janvier 1995, *Bull. crim.* 1995, n° 1, pourvoi n° 94-84.899; Crim., 26 juin 1995, *Bull. crim.* 1995, n° 235, pourvois n° 95-82.333 et 95-82.333). Pour la Cour européenne, le fait de réserver au seul avocat de l'accusé l'accès au dossier, en particulier pour sauvegarder le principe du secret de l'instruction, n'est

154. Loi n° 96-1235 du 30 décembre 1996.

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

pas incompatible avec la Convention européenne (CEDH, 21 septembre 1993, *Kremzow c. Autriche*, requête n° 12350/86, point 52), ce principe valant *a fortiori* pour l'avocat de la partie civile, qui a seulement droit aux garanties de l'article 6 § 1 de la Convention, et non à celles de l'article 6 § 3 puisque les droits qui y sont énumérés ne bénéficient qu'à l'accusé (CEDH, 14 juin 2005, *Menet c. France*, requête n° 39553/02).

1.1.3.1.2.2.3. L'accès au dossier devant la juridiction de jugement

1.1.3.1.2.2.3.1. *La communication du dossier proprement dit*

Au stade du jugement, le secret de l'instruction ne peut plus faire obstacle à un libre accès des parties au dossier de la procédure.

En matière criminelle, l'article 279 du code de procédure pénale prévoit qu'il est délivré gratuitement à chacun des accusés et parties civiles copie des procès-verbaux constatant l'infraction, des déclarations écrites des témoins et des rapports d'expertise.

En matière correctionnelle et de police, la jurisprudence de la Cour européenne sur le droit à un procès équitable a été déterminante sur le libre accès des parties au dossier de la procédure, sans l'intervention d'un avocat.

Jusqu'en 1996, faisant une interprétation littérale de l'article 6 § 3 de la Convention européenne, la chambre criminelle jugeait que seuls les avocats des parties avaient le droit de consulter le dossier, que la Convention européenne ne prescrivait pas que le dossier de l'affaire soit mis à la disposition de l'intéressé lui-même et qu'il suffisait que ce dernier ait eu connaissance des faits qui lui étaient reprochés et des textes de loi qui les réprimaient.

Suite à l'avis de condamnation de la France émis par la Commission dans l'affaire Foucher (confirmé par la Cour : CEDH, 18 mars 1997, *Foucher c. France*, requête n° 22209/93), la chambre criminelle opérait un revirement de jurisprudence en énonçant que « les articles 114 et 197 du code de procédure pénale, qui limitent aux avocats des parties, la possibilité de se faire délivrer la copie des pièces du dossier d'une information en cours, ne sont pas applicables aux procédures dont la juridiction de jugement est saisie et qui, de ce fait, ne sont pas soumises au secret de l'enquête ou de l'instruction prescrit par l'article 11 du même code [et] qu'il s'ensuit que toute personne ayant la qualité de prévenu ou d'accusé est en droit d'obtenir, en vertu de l'article 6 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, non pas la communication directe des pièces de la procédure, mais la délivrance, à ses frais, le cas échéant par l'intermédiaire de son avocat, de la copie des pièces du dossier soumis à la juridiction devant laquelle elle est appelée à comparaître » (Crim., 12 juin 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 248, pourvoi n° 96-80.219).

1.1.3.1.2.2.3.2. *La communication de pièces nouvelles à l'audience*

Selon la Cour européenne, le droit à un procès pénal contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie, notamment lors de l'audience (CEDH, 28 août 1991, *Brandstetter c. Autriche*, requêtes n° 11170/84, 12876/87 et 13468/87, points 66 et 67).

S'agissant des nouvelles pièces produites à l'audience, le principe posé par la chambre criminelle est que l'article 6 § 3 b ne fait pas obstacle à ce que le ministère public verse aux débats des pièces nouvelles mais à la condition que ces pièces soient soumises à un débat contradictoire et qu'un délai soit, le cas échéant, accordé à l'accusé ou à son conseil, pour les examiner (Crim., 9 mars 1994, *Bull. crim.* 1994, n° 92, pourvoi n° 93-83.461 ; Crim., 30 octobre 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 387, pourvoi n° 96-80.020). La chambre juge pareillement que si l'article 459 du code de procédure pénale n'exige pas que la partie qui dépose des conclusions, dans les conditions qu'il prévoit, les communique préalablement aux autres parties, il appartient aux juges d'ordonner ou d'assurer la communication de ces conclusions aux autres parties (Crim., 10 novembre 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 285, pourvoi n° 03-87.628). Il en est de même devant la chambre de l'instruction (Crim., 21 novembre 1989, *Bull. crim.* 1989, n° 424, pourvoi n° 88-80.917).

#### 1.1.3.1.2.3. L'information sur l'argumentation des autres parties et du ministère public

L'accès à l'argumentation du ministère public ou d'une autre partie s'effectue soit par échange de conclusions, soit lors de l'audience des débats.

La détermination des pièces qui doivent être communiquées aux parties devant la Cour de cassation a donné lieu à d'importants arrêts de la Cour européenne.

Cette question ayant fait l'objet de développements dans les rapports précédents de la Cour, on rappellera brièvement que, par quatre arrêts (CEDH, 31 mars 1998, Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France, requêtes n° 23043/93 et 22921/93 ; CEDH, 25 janvier 2000, Slimane-Kaïd c. France, requête n° 29507/95 ; CEDH, 8 février 2000, Voisine c. France, requête n° 27362/95 et CEDH, 26 juillet 2002, Meftah et autres c. France, requêtes n° 32911/96, 35237/97 et 34595/97), la Cour européenne a jugé que le fait qu'avant l'audience, l'avocat général reçoive communication du rapport du conseiller rapporteur et du projet d'arrêt préparé par celui-ci, alors que ces documents ne sont pas transmis aux requérants ou à leurs conseils, crée un déséquilibre qui ne s'accorde pas avec les exigences du procès équitable.

Tirant les conséquences de ces arrêts de condamnation, la Cour de cassation a modifié sa pratique. Désormais, les parties, qu'elles soient ou non représentées par un avocat aux Conseils, reçoivent communication du sens des conclusions de l'avocat général, sont avisées de la date de l'audience afin qu'elles puissent prendre connaissance de l'argumentation de l'avocat général développée oralement, et se voient offrir la possibilité d'adresser une note en délibéré si elles souhaitent répliquer à cette argumentation. En outre, et afin de rétablir l'égalité entre le ministère public et les parties, la note et le projet d'arrêt du conseiller rapporteur sont désormais réservés exclusivement aux membres de la formation de jugement, seul le rapport dudit conseiller est tenu à la disposition des parties qui sont informées de la date de son dépôt et de la possibilité de le consulter.

Ainsi modifiée, la procédure devant la Cour de cassation a été jugée conforme à la Convention par la Cour européenne (CEDH, 29 mars 2007, Cholet c. France, requête n° 10033/02 ; CEDH, 26 juillet 2007, Schmidt c. France, requête n° 35109/02 ; CEDH, 16 octobre 2008, Fonfrede c. France, requête n° 44562/04).

#### 1.1.3.1.2.4. L'information sur les moyens de droit qu'entend soulever le juge

On sait que le nouveau code de procédure civile énonce au chapitre des principes directeurs du procès, dans son article 16, que le juge a une obligation absolue de faire respecter et de respecter lui-même le principe du contradictoire et qu'il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. Il en est de même devant la Cour de cassation, statuant en matière civile (article 1015 du même code).

Une telle obligation n'est pas mentionnée expressément dans le code de procédure pénale. Dans le silence de la loi, la jurisprudence de la chambre criminelle l'a dégagée progressivement.

L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme « Barbier c. France » du 17 janvier 2006 (requête n° 76093/01) a été déterminant de cette évolution. Dans cette décision, la Cour européenne a retenu que constituait une violation de l'article 6 § 1 de la Convention le fait, pour la Cour de cassation, d'avoir déclaré d'office irrecevable une déclaration d'appel d'un arrêt de condamnation rendu par une cour d'assises, domaine dans lequel la juridiction n'a pas de marge d'appréciation, alors que « compte tenu des circonstances de l'espèce et de l'enjeu du litige [...] il était pourtant nécessaire de permettre au requérant de s'exprimer sur la recevabilité de son appel » (point 31 de la décision).

Prenant acte de cette condamnation, dans un arrêt du 19 septembre 2006 (*Bull. crim.* 2006, n° 224, pourvoi n° 05-85.941), la chambre criminelle a jugé que si la chambre de l'instruction tient des articles 206 et 207 du code de procédure pénale, après avoir statué sur la demande d'annulation dont elle était saisie, le pouvoir d'évoquer et de procéder directement au règlement de la procédure, elle a l'obligation, pour satisfaire aux exigences de l'article préliminaire du même code, de mettre les parties en mesure d'en débattre contradictoirement. Comme l'a justement observé la doctrine<sup>155</sup>, cet arrêt « est exemplaire des liens que le juge doit tisser entre les principes qui figurent à l'article préliminaire et les autres dispositions du code, car ce que sanctionne la Cour de cassation, en l'espèce, c'est bien l'application d'un texte en méconnaissance ou dans l'indifférence d'un principe expressément énoncé en tête du code ».

Ensuite, par un arrêt du 3 mai 2007 (*Bull. crim.* 2007, n° 116, pourvoi n° 06-82.149), revenant sur sa jurisprudence antérieure, aux termes de laquelle il était admis que la recevabilité de la partie civile pouvait être soulevée d'office par la Cour de cassation (Crim., 4 novembre 1969, *Bull. crim.* 1969, n° 280, pourvoi n° 91-999.68) ou par la chambre d'accusation (Crim., 5 janvier 1995, pourvoi n° 94-80.979), sans être soumise à la discussion des parties, la chambre criminelle a retenu, au visa de l'article préliminaire du code de procédure pénale et de l'article 6 de la Convention, que la chambre de l'instruction, saisie de l'appel d'une ordonnance de non-lieu, ne peut relever d'office l'irrecevabilité de la constitution de partie civile sans avoir invité au préalable les parties à présenter leurs observations. Cette jurisprudence marque une progression dans l'application du contradictoire dans

155. A. Giudicelli, « L'article préliminaire et le respect par le juge du principe du contradictoire », in *Rev. sc. crim.* 2007, p. 113.

la mesure où, contrairement au pouvoir d'évoquer qui est soumis à l'appréciation du juge, la constatation de l'irrecevabilité d'une constitution de partie civile relève de l'ordre public.

Dans le droit fil de cette jurisprudence, l'on relèvera également l'arrêt du 4 novembre 2008 (*Bull. crim.* 2008, n° 224, pourvoi n° 08-80.495), dans lequel la chambre criminelle énonce, en des termes généraux, le principe selon lequel il résulte de l'article préliminaire du code de procédure pénale « que le juge ne peut relever d'office un moyen de droit sans avoir invité au préalable les parties à présenter leurs observations ». Cet arrêt est particulièrement significatif dans la mesure où il était reproché à la cour d'appel de n'avoir pas invité les parties à présenter leurs observations sur l'application d'office de la loi du 21 décembre 2006, modifiant l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale, qui prévoit que les recours subrogatoires des caisses contre les tiers s'exercent poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge. Or, en l'espèce, et ainsi que le démontrait le mémoire en défense, l'application des nouvelles dispositions légales relatives à l'exercice du recours subrogatoire poste par poste n'entraînait pour le demandeur aucun préjudice : quel que soit le mode de calcul retenu, le montant des sommes qui lui étaient dues restaient les mêmes. Il convient d'en déduire que la chambre criminelle veille avec une particulière vigueur sur le respect du principe du contradictoire, sa violation faisant intrinsèquement grief à la partie concernée.

Pour conclure sur le devoir impérieux incombant aux juges de respecter le contradictoire, il convient de citer l'arrêt du 8 juillet 2010 (Cass., QPC, pourvoi n° 10-90.048), où la Cour de cassation, statuant sur une question prioritaire de constitutionnalité visant l'article 665 du code de procédure pénale, en ce que cette disposition ne prévoirait pas que la requête aux fins de renvoi dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice soit signifiée aux parties ni que celles-ci puissent déposer un mémoire au greffe de la Cour de cassation, a jugé qu'il n'y avait pas lieu à transmission au Conseil constitutionnel, dès lors qu'« il appartient [appartenait] à la chambre criminelle, conformément à l'article préliminaire du code de procédure pénale, de veiller, lors de l'examen de la requête, au respect du principe de la contradiction ».

Tirant les conséquences de cette décision, la chambre criminelle a renvoyé l'examen de requêtes présentées en application de l'article 665 du code de procédure pénale à une audience ultérieure dès lors qu'il ne résultait pas des pièces de procédure que la requête du procureur général près la cour d'appel de Paris ait été notifiée aux parties civiles et aux prévenus, ni qu'ils aient été informés de leur droit de déposer un mémoire au greffe de la Cour de cassation dans le délai de huit jours suivant la notification (Crim., 2 septembre 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 130, pourvoi n° 10-86.257).

### 1.1.3.2. La diffusion du modèle du contradictoire

La diffusion du modèle du contradictoire s'observe principalement en droit des sociétés, concernant la révocation d'un dirigeant ou l'exclusion d'un associé (1.1.3.2.1.), et dans la procédure entre les organismes de sécurité sociale et leurs usagers, à l'égard de laquelle la Cour de cassation a élaboré un véritable droit administratif judiciaire (1.1.3.2.2.). La référence au contradictoire est également présente dans la jurisprudence de la chambre sociale

de la Cour de cassation en matière de contrôle de la réalité d'une présence syndicale dans l'entreprise (1.1.3.2.3.).

#### **1.1.3.2.1. La diffusion du modèle du contradictoire en droit des sociétés**

Les sociétés sont le lieu, non seulement de divers conflits ou blocages pathologiques, mais aussi de décisions qui, tout en s'intégrant dans le fonctionnement normal du groupement, sont prises à l'encontre d'une personne et de nature à lui causer un tort considérable. Tel est spécialement le cas de la révocation d'un dirigeant, en principe toujours possible, ainsi que de l'exclusion d'un associé, lorsque celle-ci est autorisée par la loi ou par les statuts.

De telles décisions sont certes soumises au droit commun des actes et délibérations sociaux et leur régularité peut être contestée toutes les fois que celui-ci n'a pas été respecté. Ces exigences, cependant, apparaissent insuffisantes, s'agissant de mesures graves qui, au surplus, reposent pour la plupart, sinon sur un motif disciplinaire, du moins sur un jugement au moins implicite porté sur le comportement de l'intéressé et se greffent le plus souvent sur un conflit avéré ou sous-jacent. Aussi la jurisprudence considère-t-elle que de telles décisions ne peuvent être prises sans que l'intéressé ait pu se défendre contre la mesure qui le frappe. Il ne s'agit certes ni de conférer à ces décisions un caractère juridictionnel, ni de confondre les organes qui les prononcent avec des tribunaux au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>156</sup>, ni de faire application en la matière des articles 14 et suivants du code de procédure civile. Il n'en reste pas moins que la Cour de cassation s'inspire alors<sup>157</sup> du modèle du contradictoire en ajoutant aux protections ordinaires issues du droit des sociétés une garantie supplémentaire, d'inspiration procédurale, fondée sur le respect des droits de la défense.

Cette diffusion du modèle du contradictoire en droit des sociétés a cependant été plus longue à s'imposer en matière de révocation, où elle se voit fréquemment objecter le principe de libre révocabilité des dirigeants, qu'en matière d'exclusion, où elle se laisse aisément déduire du caractère disciplinaire de la mesure.

##### **1.1.3.2.1.1. En matière de révocation**

En matière de révocation, le non-respect du principe de la contradiction est sanctionné au titre des circonstances rendant la révocation abusive. La solution, cependant, n'a été posée que tardivement, la Cour de cassation l'ayant dans un premier temps repoussée en affirmant que la révocation n'avait pas à être précédée d'un entretien préalable<sup>158</sup>. Puis,

156. 1<sup>re</sup> Civ., 16 juin 1993, *Bull.* 1993, I, n° 222, pourvoi n° 91-15.649; 1<sup>re</sup> Civ., 30 septembre 1997, *Bull.* 1997, I, n° 263, pourvoi n° 95-17.292; Com., 10 mai 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 120, pourvoi n° 05-16.909 : les organes sociaux ne sont pas des organismes juridictionnels ou disciplinaires mais des organes de gestion interne de la société.

157. Mais alors seulement. Cf. Com., 11 juillet 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 182, pourvoi n° 05-11.019 : « n'est pas soumise au principe de la contradiction, la décision du conseil d'administration d'une société coopérative qui, appliquant les dispositions des statuts, fixe le montant des pénalités dues par l'associé coopérateur se retirant avant la fin de son engagement ».

158. Com., 17 juillet 1984, *Bull.* 1984, IV, n° 240, pourvoi n° 83-12.925.

après un arrêt de transition ambigu<sup>159</sup>, la chambre commerciale a clairement fait de cette circonstance la seconde branche de l'alternative contenue dans la formule jurisprudentielle restrictive, inaugurée par un arrêt du 3 janvier 1996, selon laquelle la révocation « n'est abusive que si elle a été accompagnée de circonstances ou a été prise dans des conditions qui portent atteinte à la réputation ou à l'honneur du dirigeant révoqué ou si elle a été décidée brutalement sans respecter le principe de la contradiction<sup>160</sup> ». Cette formule institue en outre une stricte identité entre le non-respect de la contradiction et la brutalité : d'une part, la seule brutalité sanctionnée est celle qui se traduit par la violation du contradictoire ; d'autre part et à l'inverse, cette circonstance suffit à établir la brutalité rendant la révocation abusive. Le respect de la contradiction conduit ainsi à exiger que le dirigeant dont la révocation est envisagée soit « mis en mesure de présenter ses observations préalablement à la décision de révocation<sup>161</sup> ».

Le domaine d'application de cette exigence jurisprudentielle est général et bénéficie à tout dirigeant. Peu importe, tout d'abord, qu'il soit révocable *ad nutum* ou pour justes motifs seulement. Une différence existe cependant puisque, dans le premier cas, seul l'abus peut donner lieu à indemnité alors que, dans le second, le dirigeant injustement révoqué peut, selon les circonstances, prétendre à une double indemnisation au titre de l'absence de justes motifs et d'un éventuel abus<sup>162</sup>. Peu importe, ensuite, que le dirigeant intéressé soit ou non membre de l'organe compétent pour statuer sur sa révocation<sup>163</sup>. Le principe de la contradiction bénéficie en effet au dirigeant en ce qu'il est menacé d'une révocation portant atteinte à ses droits de dirigeant et non en ce qu'il est conduit à se prononcer sur cette mesure en sa qualité, notamment, d'associé ou d'administrateur.

La conséquence concrète de cette même exigence est que l'intéressé doit en toute hypothèse être convoqué à la réunion de l'organe compétent pour statuer sur la révocation, peu important qu'il en soit membre ou non. La présence effective de l'intéressé n'est cependant ni nécessaire ni suffisante. D'une part, conformément au principe posé par l'article 14 du code de procédure civile<sup>164</sup>, il n'est pas exigé que le dirigeant soit effectivement entendu et la décision peut être prise en son absence. Il suffit, selon les arrêts, qu'il soit régulièrement convoqué à l'assemblée statuant sur sa révocation<sup>165</sup> ou que la société ait fait le nécessaire pour lui permettre de présenter ses observations avant la décision de révocation en

159. Com., 26 avril 1994, *Bull.* 1994, IV, n° 158, pourvoi n° 92-15.884 : il est relevé que la révocation était « irrégulière » en ce qu'elle était « intervenue [...] en dehors du conseil d'administration » et sans que l'intéressé « ait été mis en mesure de présenter préalablement ses observations ».

160. Com., 3 janvier 1996, *Bull.* 1996, IV, n° 7, pourvoi n° 94-10.765. Cf. notamment Com., 26 novembre 1996, *Bull.* 1996, IV, n° 294, pourvoi n° 94-15.661 ; Com., 18 février 2004, pourvoi n° 00-17.659 ; Com., 12 mai 2004, pourvoi n° 00-19.415 ; Com., 4 novembre 2008, pourvoi n° 07-19.303.

161. Com., 28 février 2006, pourvoi n° 04-17.566. Cf. Com., 24 février 1998, pourvoi n° 95-12.349.

162. Cf. par exemple : Com., 22 novembre 2005, pourvoi n° 03-19.860 (gérant de SARL) ; Com., 15 mai 2007, *Bull.* 2007, IV, n° 133, pourvoi n° 05-19.464 (membre du directoire).

163. Voir par exemple : Com., 24 février 1998, pourvoi n° 95-12.349 (directeur général non administrateur).

164. « Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée. »

165. Com., 8 octobre 2002, pourvoi n° 99-11.421.



l'avertissant en temps utile des griefs formulés au soutien de la proposition de révocation qui devait être présentée à l'assemblée<sup>166</sup>. D'autre part, le principe de la contradiction n'est pas respecté s'il est établi que l'intéressé, quoique présent, n'a pas eu la possibilité de connaître les motifs de la décision prise à son encontre et de les discuter<sup>167</sup>; la procédure de révocation est en revanche régulière lorsque l'intéressé a participé, en connaissance de la menace de révocation pesant sur lui, à la réunion au cours de laquelle celle-ci a été prononcée<sup>168</sup>; les motifs de révocation n'ont pas à lui être communiqués préalablement<sup>169</sup> et il suffit qu'ils soient énoncés au cours de cette réunion<sup>170</sup>.

Quant à la sanction, elle réside exclusivement dans l'allocation de dommages-intérêts au dirigeant victime de cette forme particulière d'abus commis par la société dans l'exercice de son droit de révocation<sup>171</sup> et non, malgré l'ambiguïté de certains arrêts<sup>172</sup>, dans la nullité de la décision de révocation. La réparation est en outre limitée au préjudice causé par la circonstance constitutive d'abus<sup>173</sup>, lequel ne s'identifie ni aux conséquences préjudiciables de la révocation ni à la perte d'une chance de conserver les fonctions sociales<sup>174</sup>.

#### 1.1.3.2.1.2. En matière d'exclusion

En matière d'exclusion, le respect de la contradiction s'est imposé beaucoup plus tôt en jurisprudence. Il est vrai que dans ce domaine, cette exigence résulte fréquemment des stipulations statutaires<sup>175</sup>, auxquelles la loi renvoie parfois le soin de fixer les conditions et modalités de l'exclusion<sup>176</sup>. C'est cependant dans le silence des statuts sur ce point que la chambre commerciale a clairement retenu, par un arrêt du 15 novembre 1976, que le « respect des droits de la défense et le principe du caractère contradictoire des débats préalables à une mesure d'exclusion » obligeaient la société à accomplir « les diligences qui lui incombaient normalement » pour mettre l'intéressé « en mesure de préparer, puis de présenter sa défense en pleine connaissance de cause<sup>177</sup> ». Les rédacteurs des statuts semblent du reste avoir pris acte de cette solution, comme en témoigne cette espèce dans laquelle les statuts

166. Com., 15 mai 2007, *Bull.* 2007, IV, n° 133, pourvoi n° 05-19.464.

167. Com., 30 novembre 2004, pourvoi n° 01-15.382.

168. Com., 18 février 2004, pourvoi n° 00-17.659; Com., 12 mai 2004, pourvoi n° 00-19.415.

169. Com., 28 février 2006, pourvoi n° 04-17.566.

170. Com., 22 mars 2005, pourvoi n° 02-10.079.

171. Com., 3 janvier 1996, *Bull.* 1996, IV, n° 7, pourvoi n° 94-10.765.

172. Com., 24 février 1998, pourvoi n° 95-12.349 : la décision intervenue en violation du principe de la contradiction « était irrégulière ».

173. Com., 15 mai 2007, *Bull.* 2007, IV, n° 133, pourvoi n° 05-19.464.

174. Com., 13 novembre 2003, pourvoi n° 01-00.376.

175. 1<sup>re</sup> Civ., 21 juin 1967, *Bull.* 1967, I, n° 232, pourvoi n° 64-11.750.

176. Cf. dans les sociétés à capital variable, code de commerce, article L. 231-6; dans les sociétés coopératives, loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947, article 7; dans les sociétés pas actions simplifiées (SAS), code de commerce, article L. 227-16.

177. Com., 15 novembre 1976, *Bull.* IV, 1976, n° 288, pourvoi n° 75-11.951. Cf. aussi Com., 3 mars 1969, *Bull.* 1969, IV, n° 79, pourvoi n° 65-10.708.

avaient écarté tout contrôle judiciaire en dehors de celui permettant de vérifier que les formalités et les droits de la défense avaient été respectés<sup>178</sup>.

Concrètement, cette exigence conduit à imposer à la société qui envisage de prononcer l'exclusion d'un associé de recueillir les explications de l'intéressé et, à cette fin, de lui adresser une convocation personnelle l'informant de la mesure qui le menace et des motifs sur lesquels elle repose. Ces conditions ne sont pas satisfaites non seulement lorsque l'associé a été empêché de se présenter devant l'organe compétent<sup>179</sup> mais aussi lorsque l'exclusion a été discutée et arrêtée sans que cette question soit inscrite à l'ordre du jour et portée à sa connaissance, de sorte qu'absent de la réunion, il n'a pu s'expliquer sur les faits qui lui étaient reprochés<sup>180</sup>. Elles ne le sont pas davantage dans le cas où l'associé exclu n'a pas été convoqué individuellement<sup>181</sup> ou lorsque la convocation qu'il a reçue ne l'identifiait pas comme celui dont l'exclusion allait être proposée<sup>182</sup>. La décision est en revanche jugée régulière s'il est établi que l'associé a été convoqué à la réunion du conseil d'administration en vue de son exclusion, par lettre recommandée précisant les motifs de celle-ci par renvoi aux griefs évoqués lors d'une précédente réunion du conseil<sup>183</sup>.

La question, cependant, est celle de la sanction du non-respect de la contradiction et plus précisément celle de savoir si cette circonstance est de nature à fonder, outre l'allocation de dommages-intérêts, l'annulation de la décision d'exclusion. Une jurisprudence classique retenait l'annulation<sup>184</sup> et cette solution rejoignait celle consacrée s'agissant de l'exclusion de l'adhérent d'une association<sup>185</sup>. La chambre commerciale, cependant, est récemment revenue sur cette solution en retenant, au visa de l'article L. 235-1 du code de commerce, « que la nullité des actes ou délibérations des organes d'une société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du droit des sociétés ou des lois qui régissent les contrats et qu'en conséquence l'impossibilité pour l'associé exclu de venir s'expliquer devant l'organe décidant son exclusion n'est pas une cause de nullité de la délibération ayant prononcé l'exclusion<sup>186</sup> ».

178. Com., 21 octobre 1997, *Bull.* 1997, IV, n° 281, pourvoi n° 95-13.891 (en l'espèce, cette limitation est jugée inefficace au motif « qu'il appartient aux tribunaux, quand ils en sont saisis, de vérifier que l'exclusion n'est pas abusive »).

179. 1<sup>re</sup> Civ., 21 juin 1967, *Bull.* 1967, I, n° 232, pourvoi n° 64-11.750.

180. Com., 13 juillet 2010, *Bull.* 2010, IV, n° 129, pourvoi n° 09-16.156.

181. Com., 15 novembre 1976, *Bull.* IV, 1976, n° 288, pourvoi n° 75-11.951.

182. Com. 3 mars 1969, *Bull.* 1969, IV, n° 79, pourvoi n° 65-10.708.

183. Com., 4 juillet 2006, pourvoi n° 03-16.443.

184. 1<sup>re</sup> Civ., 21 juin 1967, *Bull.* 1967, I, n° 232, pourvoi n° 64-11.750; Com., 3 mars 1969, *Bull.* 1969, IV, n° 79, pourvoi n° 65-10.708; Com., 15 novembre 1976, *Bull.* IV, 1976, n° 288, pourvoi n° 75-11.951.

185. Cf. notamment 1<sup>re</sup> Civ., 19 mars 2002, *Bull.* 2002, I, n° 95, pourvoi n° 00-10.645; 1<sup>re</sup> Civ., 21 novembre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 496, pourvoi n° 05-13.041.

186. Com., 13 juillet 2010, *Bull.* 2010, IV, n° 129, pourvoi n° 09-16.156.

### **1.1.3.2.2. La procédure entre les organismes de sécurité sociale et leurs usagers**

Le développement des règles de procédure dans le droit de la sécurité sociale s'inscrit dans un contexte à tous égards original. En effet, si leur contentieux ressortit, d'indication expresse du législateur, de la compétence des juridictions civiles, les relations entre la sécurité sociale et leurs usagers procèdent, le plus souvent, des décisions unilatérales prises par les organismes de sécurité sociale en application de règles de droit au caractère accentué d'ordre public, et répondent ainsi aux exigences d'une institution qui revêt, la jurisprudence n'a pas manqué de l'énoncer de longue date, le caractère d'un service public, qui plus est d'un service public à caractère administratif. La Cour de cassation en a pris acte et entendu faire application en la matière de principes spécifiques, formulant au fil du temps un véritable *droit administratif judiciaire*, fondé sur l'équilibre entre les exigences du service public et la garantie des droits de ses usagers.

De cette jurisprudence, qui trouve nombre d'applications dans le droit de la sécurité sociale, on retiendra, plus particulièrement, les manifestations qui mettent en jeu les exigences du droit de savoir. Seront ainsi envisagés d'une part, la procédure d'instruction des demandes de prise en charge des accidents du travail et maladies professionnelles (1.1.3.2.2.1.), d'autre part le contrôle et le redressement des cotisations et contributions sociales (1.1.3.2.2.2.), enfin le recouvrement des indus (1.1.3.2.2.3.).

#### **1.1.3.2.2.1. La procédure d'instruction des demandes de prise en charge des accidents du travail et maladies professionnelles**

Les fondements de l'obligation d'information en ce domaine doivent être précisés (1.1.3.2.2.1.1.) puis sera exposée l'évolution de la jurisprudence relative à l'obligation d'information de l'employeur (1.1.3.2.2.1.2.).

##### 1.1.3.2.2.1.1. Fondements de l'obligation d'information

En application de l'article L. 431-1 du code de la sécurité sociale, la charge des prestations et indemnités prévues par le livre IV dudit code, indemnisant le risque professionnel, incombe aux caisses d'assurance maladie, et non directement à l'employeur, de sorte que le salarié est à l'abri de tout revers de fortune de ce dernier. Le financement en est assuré par les cotisations des employeurs, fixées à partir d'un taux « accidents du travail/maladies professionnelles » (AT/MP), calculé par les caisses régionales d'assurance maladie, et prenant notamment en compte les décisions des caisses primaires de reconnaître le caractère professionnel d'un accident ou d'une maladie, pour déterminer la « valeur du risque » fixée par l'article D. 242-6-3 ancien du code de la sécurité sociale, puis l'article D. 242-6-5 du même code, dans sa version résultant de l'entrée en vigueur du décret n° 2010-753 du 5 juillet 2010.

De même, la majoration de la rente, prévue en cas de faute inexcusable de l'employeur, en application de l'article L. 452-2 du code de la sécurité sociale, et les indemnités allouées, conformément à l'article L. 452-3 du même code, sont versées par les caisses primaires d'assurance maladie, qui les recouvrent ensuite auprès de l'employeur, par l'imposition d'une cotisation complémentaire, s'agissant de la majoration de la rente, et par le paiement effectif des sommes dues, s'agissant des indemnités allouées en réparation des différents préjudices.

Les caisses d'assurance maladie jouent ainsi un rôle « pivot », dans la prise en charge du risque professionnel, les caisses primaires instruisant les demandes de prise en charge, puis assurant l'indemnisation des salariés victimes, et informant les caisses régionales des dépenses ainsi engagées, ces dernières prenant ensuite en compte ces informations pour le calcul du taux AT/MP de l'employeur.

La jurisprudence a tiré de ces dispositions le principe de l'« indépendance des rapports » caisse employeur, caisse salarié, et salarié employeur, de sorte que la décision de prise en charge ou attributive de rente lie définitivement la caisse dans ses rapports avec les salariés, même si l'employeur en conteste par la suite le bien-fondé, ou simplement l'opposabilité à son encontre (Soc., 26 mars 1984, *Bull.* 1984, V, n° 120, pourvoi n° 82-16.744; Soc., 28 février 2002, *Bull.* 2002, V, n° 81, pourvoi n° 99-17.201; 2<sup>e</sup> Civ., 16 mars 2004, pourvoi n° 02-30.979; 2<sup>e</sup> Civ., 23 mai 2007, pourvoi n° 06-12.722; 2<sup>e</sup> Civ., 17 janvier 2008, pourvoi n° 07-11.885).

De même, le fait que le caractère professionnel de la maladie ne soit pas établi entre la caisse et l'employeur ne prive pas la victime du droit de faire reconnaître la faute inexcusable de son employeur, la juridiction étant en mesure après débat contradictoire de rechercher si la maladie a un caractère professionnel et si l'assuré a été exposé au risque dans des conditions constitutives d'une telle faute (Soc., 28 février 2002, *Bull.* 2002, V, n° 81, pourvoi n° 99-17.201; 2<sup>e</sup> Civ., 16 mars 2004, pourvoi n° 02-30.979; 2<sup>e</sup> Civ., 17 janvier 2008, pourvoi n° 07-11.885).

Si la procédure de reconnaissance du caractère professionnel d'un accident ou d'une maladie fait ainsi principalement intervenir la victime ou ses ayants droit et l'organisme social, elle n'est pas sans répercussions sur l'employeur, qui conserve donc un intérêt tant financier que moral à la décision qui sera prise<sup>187</sup>. C'est pourquoi les droits de l'employeur sont préservés par le biais d'une obligation d'information pesant sur l'organisme de sécurité sociale destinée à garantir le caractère contradictoire à son égard de la procédure d'instruction de la demande de prise en charge (articles R. 441-10 et suivants du code de la sécurité sociale). Le non-respect par la caisse primaire de son obligation d'information est sanctionné par l'inopposabilité de sa décision à l'employeur, le caractère professionnel de l'accident ou de la maladie n'étant de ce fait pas établi à son égard. En outre, demeurant fondée sur les rapports entre la caisse et l'employeur, l'inopposabilité du caractère professionnel de la maladie à l'employeur prive l'organisme social, après reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur, du droit de récupérer sur ce dernier les compléments de rente et indemnités versés à la victime ou ses ayants droit (Soc., 26 novembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 356, pourvois n° 00-19.347 et 00-19.480).

187. Sur la question de l'intérêt à agir de l'employeur, cf. notamment 2<sup>e</sup> Civ., 17 septembre 2009, *Bull.* 2009, II, n° 223, pourvoi n° 08-18.151 : même si aucune somme n'est mise à sa charge à la suite de la reconnaissance du caractère professionnel de la maladie d'un de ses salariés par une caisse primaire d'assurance maladie, l'employeur a intérêt à pouvoir faire établir que cette décision, qui porte sur les conditions de travail et les risques professionnels au sein de son entreprise, n'a pas été prise conformément aux dispositions du code de la sécurité sociale. Encourt donc la cassation l'arrêt qui, pour déclarer un employeur irrecevable en son recours pour défaut d'intérêt à agir, retient qu'il n'avait strictement aucun intérêt à invoquer l'inopposabilité à son égard des décisions de prise en charge de la maladie professionnelle dès lors que les dépenses avaient été inscrites sur un compte spécial et que les frais engagés étaient ainsi mutualisés.

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

Une importante jurisprudence s'est donc développée à ce sujet, au visa notamment à l'article R. 441-11 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction alors en vigueur, qui prévoyait l'obligation d'information de l'employeur par la caisse primaire, et ce, d'autant plus que, s'agissant de l'employeur, l'article R. 441-14 ancien ne prévoyait que l'envoi « pour information » du double de la notification faite au salarié de la décision de refus de prise en charge. Il en résultait que l'information donnée par la caisse primaire d'assurance maladie à l'employeur de sa décision de prendre en charge la maladie à titre professionnel ne constituait pas une notification et ne faisait pas courir contre lui le délai de recours de deux mois prévu par l'article R. 142-1 du code de la sécurité sociale (2<sup>e</sup> Civ., 5 avril 2005, *Bull.* 2005, II, n° 86, pourvoi n° 04-30.151), de sorte que les juridictions pouvaient être saisies de recours bien après que la caisse eut statué, et notamment à réception de son taux de cotisation « accident du travail/maladie professionnelle » ou lors d'une action en faute inexcusable intentée par le salarié (par exemple : 2<sup>e</sup> Civ., 2 mars 2004, *Bull.* 2004, II, n° 80, pourvoi n° 02-30.966).

Les modalités de l'instruction de ces demandes, prévues aux articles R. 441-10 à R. 441-16 du code de la sécurité sociale, ont été récemment modifiées par le décret n° 2009-938 du 31 juillet 2009, la date d'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions étant le 1<sup>er</sup> janvier 2010.

1.1.3.2.2.1.2. Évolution de la jurisprudence relative à l'obligation d'information de l'employeur

Aux termes de l'article R. 441-11, ancien, « hors les cas de reconnaissance implicite, et en l'absence de réserves de l'employeur, la caisse primaire assure l'information de la victime, de ses ayants droit et de l'employeur, préalablement à sa décision, sur la procédure d'instruction et sur les points susceptibles de leur faire grief ».

Dans un premier temps, la chambre sociale de la Cour de cassation s'est attachée à effectuer une vérification *in concreto*, visant à déterminer si l'employeur avait bien été mis en mesure de présenter des observations préalablement à la décision de prise en charge, sur tous les points de la procédure d'instruction « susceptible de lui faire grief<sup>188</sup> ».

Par sept arrêts publiés du 19 décembre 2002, la chambre sociale a adopté une nouvelle interprétation de l'article R. 441-11 ancien, en énonçant qu'« il résulte de l'article R. 441-11, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de la sécurité sociale que la caisse primaire d'assurance maladie, avant de se prononcer sur le caractère professionnel d'un accident ou d'une maladie, doit informer l'employeur de la fin de la procédure d'instruction, des éléments recueillis susceptibles de lui faire grief, de la possibilité de consulter le dossier et de la date à laquelle elle prévoit de prendre sa décision » (Soc., 19 décembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 403, 7 arrêts : pourvois n° 01-20.384, 00-19.052, 00-21.112, 01-20.383, 01-20.828, 01-20.913 et 01-20.979). On

188. Par exemple, en matière d'enquête légale, Soc., 20 avril 2000, *Bull.* 2000, V, n° 147, pourvoi n° 98-12.517 : l'employeur ayant fait une déclaration d'accident du travail « sous réserve », ne lui est pas opposable la décision de prise en charge de l'organisme social fondée sur des renseignements et un témoignage révélés au retour du questionnaire adressé à la victime, alors que ces éléments susceptibles de lui faire grief ne lui ont pas été communiqués ; viole en conséquence l'article R. 441-11 du code de la sécurité sociale la cour d'appel qui déboute cet employeur de son recours.

souignera que cette obligation résulte d'une interprétation du texte de l'article R. 441-11 du code de la sécurité sociale, qui ne la prévoyait pas expressément.

Dans un article publié au *Rapport de la Cour de cassation 2002*, le doyen Ollier<sup>189</sup>, après avoir rappelé la jurisprudence antérieure, indiquait que « la Cour de cassation est revenue à une position beaucoup plus stricte par plusieurs arrêts du 19 décembre 2002 [...]. On peut penser que les obligations des caisses sont ainsi nettement fixées, ce qui est de nature à éviter pour l'avenir un contentieux inutile entraînant pour elles des pertes financières importantes ».

L'idée était que par cette notification « balai » de fin d'instruction, l'employeur, quelles qu'aient été, lors de la procédure d'instruction, les lacunes de la caisse dans l'exercice de son obligation d'information, était mis en mesure de consulter le dossier, et donc de prendre connaissance des éléments susceptibles de lui faire grief, et de les contester utilement. Les caisses ont d'ailleurs adopté rapidement la pratique de cette « lettre de fin d'instruction ».

Cette nouvelle jurisprudence n'a toutefois pas permis de tarir le contentieux relatif au respect de l'obligation d'information de l'employeur, mais a donné lieu au contraire à bien des contestations, qui ont permis d'en définir tant les modalités, le contenu que le périmètre.

- S'agissant tout d'abord des modalités de cette information, il a été décidé que la mention d'un délai pour consulter le dossier suffisait à renseigner l'employeur quant à la date à compter de laquelle la caisse comptait prendre sa décision (par exemple : 2<sup>e</sup> Civ., 25 octobre 2006, *Bull.* 2006, II, n° 283, pourvoi n° 05-10.950).

L'étendue du délai laissé à l'employeur pour former des observations, ainsi que la preuve de l'envoi du courrier étaient laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond (par exemple : 2<sup>e</sup> Civ., 5 avril 2007, *Bull.* 2007, II, n° 99, pourvoi n° 06-13.917), à condition toutefois que la caisse respecte le délai qu'elle avait elle-même fixé (cf. 2<sup>e</sup> Civ., 21 février 2008, pourvoi n° 07-11.505).

De même, la jurisprudence n'exigeait pas un énoncé formel des griefs, considérant que l'avis de fin d'instruction suffisait à alerter l'employeur sur la présence de ceux-ci (2<sup>e</sup> Civ., 25 octobre 2006, *Bull.* 2006, II, n° 283, pourvoi n° 05-10.950).

Enfin, s'agissant de la communication du dossier à l'employeur, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a jugé que le principe du contradictoire est respecté dès lors que l'employeur est mis en mesure de prendre connaissance des pièces de la procédure avant la décision de la caisse et n'impose pas que l'enquête administrative soit menée contradictoirement. Ce texte ne soumet à aucune forme particulière la communication du dossier : en conséquence, la caisse n'est pas tenue de faire droit à la demande de l'employeur de lui délivrer copie du dossier et remplit ses obligations lorsqu'elle l'invite à en prendre connaissance dans le délai qu'elle a déterminé (2<sup>e</sup> Civ., 5 avril 2007, *Bull.* 2007, II, n° 94, pourvoi n° 06-13.663).

- S'agissant du contenu de cette information, la jurisprudence veille à ce que les services administratifs de la caisse primaire mettent à la disposition de l'employeur l'intégralité des

189. P. Ollier, « La responsabilité de l'employeur en matière d'accident du travail et de maladies professionnelles », in *Rapport annuel de la Cour de Cassation 2002*, p. 117.

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

pièces du dossier qu'ils ont constitué, tel qu'il est prévu par l'article R. 411-13 du code de la sécurité sociale, afin que celui-ci puisse avoir connaissance de l'ensemble des éléments pris en compte pour statuer sur le caractère professionnel de l'accident ou de la maladie.

C'est ainsi que, par exemple, la caisse ne saurait refuser à l'employeur la communication de l'entier rapport d'autopsie, et se borner à en communiquer les simples conclusions (2<sup>e</sup> Civ., 22 février 2005, *Bull.* 2005, II, n° 38, pourvoi n° 03-30.308), ni l'avis du médecin-conseil, qui constitue un élément susceptible de faire grief à l'employeur et doit figurer au dossier de la caisse (2<sup>e</sup> Civ., 14 janvier 2010, pourvoi n° 08-21.556)<sup>190</sup>.

Les services administratifs de la caisse ne peuvent toutefois être tenus de communiquer que les documents qu'ils détiennent<sup>191</sup>. L'employeur ne peut ainsi solliciter la communication que des éléments du dossier constitué par les services administratifs de la caisse, qui sont distincts de ceux détenus par les services du contrôle médical. En effet, lorsque est sollicitée la prise en charge d'une maladie au titre d'un tableau de maladie professionnelle, ou, plus exceptionnellement, en cas d'accident du travail, un praticien, le médecin-conseil, examine la demande de l'assuré avant d'émettre un avis sur son bien-fondé, au regard des critères médicaux applicables à son cas. Tenu au secret médical, le médecin-conseil se borne à émettre un avis favorable – ou non – à la prise en charge de l'affection déclarée au titre de l'un des tableaux de maladie professionnelle.

Le fait que cet avis ne soit ni motivé médicalement ni signé – il s'agit en fait d'une simple fiche de liaison administrative – a été souvent critiqué par les employeurs, qui faisaient valoir que cela les privait d'informations essentielles sur la maladie dont souffrait leur salarié, alors même que l'article L. 461-1 du code de la sécurité sociale faisait peser sur eux une présomption difficile à combattre. S'agissant d'une simple mesure d'instruction préalable à une décision de prise en charge à caractère administratif, cet avis ainsi rédigé a été jugé suffisant (2<sup>e</sup> Civ., 12 juillet 2006, *Bull.* 2006, II, n° 194, pourvoi n° 04-30.403)<sup>192</sup>.

Par ailleurs, les documents médicaux que ce médecin peut être amené à consulter, et le cas échéant à joindre au dossier médical de l'assuré demeurent couverts par le secret médical, et, ne sauraient être communiqués ni aux services administratifs de la caisse primaire, ni à l'employeur.

C'est ainsi que l'avis du médecin spécialiste, que le médecin-conseil peut consulter en vertu de l'article D. 461-8 du code de la sécurité sociale, qui constitue un élément du

190. Voir aussi, en matière de rechute, 2<sup>e</sup> Civ., 21 décembre 2006, *Bull.* 2006, II, n° 381, pourvoi n° 05-20.349.

191. Et non, par exemple, l'avis de la caisse régionale d'assurance maladie, dès lors que, cette dernière n'ayant pas été interrogée sur l'exposition au risque du salarié concerné, son avis n'a pas été communiqué à la caisse primaire (2<sup>e</sup> Civ., 22 février 2005, *Bull.* 2005, II, n° 40, pourvoi n° 03-30.499).

192. Sur cette question, cf. aussi, par exemple, 2<sup>e</sup> Civ., 19 février 2009, pourvoi n° 07-21.179, à propos d'un avis médical se présentant sous la forme d'une fiche de liaison médico-administrative portant la seule mention « avis favorable » et 2<sup>e</sup> Civ., 19 février 2009, pourvoi n° 07-21.036, à propos d'un avis du médecin-conseil indiquant seulement « reconnaissance d'une maladie professionnelle inscrite dans un tableau, n° de maladie professionnelle : 03OADC450 ».

diagnostic, n'a pas à figurer dans les pièces du dossier constitué par les services administratifs de la caisse (2<sup>e</sup> Civ., 17 décembre 2009, *Bull.* 2009, II, n° 294, pourvoi n° 08-20.915).

De même la teneur de l'examen tomodensitométrique mentionné au tableau n° 30 B des maladies professionnelles (ou scanner), qui constitue un élément du diagnostic, n'a pas à figurer dans les pièces du dossier constitué par les services administratifs de la caisse en application de l'article R. 441-13 du code de la sécurité sociale et dont l'employeur peut demander la communication (2<sup>e</sup> Civ., 17 janvier 2008, *Bull.* 2008, II, n° 11, pourvoi n° 07-13.356).

La production de cette pièce médicale ne pourrait être sollicitée que dans le cadre d'une expertise, dont la nécessité est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, lorsqu'ils sont saisis d'une contestation quant à l'existence de la maladie invoquée (par exemple : 2<sup>e</sup> Civ., 12 mars 2009, pourvoi n° 08-13.246).

- S'agissant enfin du périmètre de l'obligation d'information, celle-ci ne s'impose à la caisse primaire d'assurance maladie que dans le strict cadre de la procédure d'instruction des demandes de prise en charge. Il en résulte que la caisse n'est pas tenue d'informer l'employeur lorsqu'elle prend sa décision au vu de la seule déclaration qu'il a transmise sans réserve, sans avoir procédé à une mesure d'instruction (par exemple : 2<sup>e</sup> Civ., 14 octobre 2003, *Bull.* 2003, II, n° 301, pourvoi n° 01-21.035), peu important que cette déclaration soit complétée par deux certificats médicaux décrivant les lésions (2<sup>e</sup> Civ., 5 avril 2007, pourvoi n° 05-20.535), ou une conversation téléphonique ultérieure notée par un agent de la caisse n'ayant fait qu'étayer les éléments contenus dans la déclaration (2<sup>e</sup> Civ., 31 mai 2006, pourvoi n° 04-30.405), dès lors que la caisse a pris sa décision « au vu des seuls éléments figurant dans la déclaration d'accident du travail et connus de l'employeur » (2<sup>e</sup> Civ., 31 mai 2006, pourvoi n° 04-30.405).

Cependant, toutes les restrictions faites par l'employeur lors de la transmission de la déclaration d'accident du travail ne valent pas réserves. Saisie de la contestation d'un employeur, qui soutenait que sa déclaration d'accident du travail devait être considérée comme accompagnée de réserves, en ce qu'il indiquait que l'explosion dont avait été victime le salarié au cours d'une mission était sans doute due à une fuite de gaz, et qu'une mesure d'instruction aurait donc dû être diligentée, la deuxième chambre civile a précisé que les réserves visées par l'article R. 441-11 du code de la sécurité sociale, s'entendant de la contestation du caractère professionnel de l'accident par l'employeur, ne peuvent porter que sur les circonstances de temps et de lieu de celui-ci ou sur l'existence d'une cause totalement étrangère au travail (2<sup>e</sup> Civ., 10 juillet 2008, *Bull.* 2008, II, n° 185, pourvoi n° 07-18.110).

Par ailleurs, les dispositions de l'article R. 441-11 du code de la sécurité sociale, qui s'appliquent à la seule procédure de reconnaissance du caractère professionnel de l'accident, de la maladie, ou de la rechute, ne sont pas applicables aux décisions que la caisse sera amenée à prendre par la suite, concernant le suivi de ce dossier, et notamment celles de la commission de recours amiable (2<sup>e</sup> Civ., 25 avril 2007, *Bull.* 2007, II, n° 103, pourvoi n° 06-13.918), ou celle par laquelle la caisse maintient une décision de prise en charge implicite (2<sup>e</sup> Civ., 5 avril 2007, *Bull.* 2007, II, n° 97, pourvoi n° 05-21.881), ni la décision attributive de rente, l'employeur conservant la possibilité de contester devant la juridiction



compétente tant le taux de l'incapacité retenue que le point de départ du versement de la rente correspondante (2<sup>e</sup> Civ., 14 février 2007, *Bull.* 2007, II, n° 31, pourvoi n° 05-17.472)<sup>193</sup>.

Une contestation de l'employeur, relative à l'attribution ou au calcul de la rente, peut toutefois générer des difficultés pour la caisse primaire, qui, subrogée dans les droits du salarié dont elle a indemnisé l'incapacité, a la charge de l'administration de la preuve.

L'instance oppose en effet les services administratifs de la caisse à l'employeur, alors que celle-ci s'est fondée sur un avis médical émis par le médecin-conseil, qui est tenu au secret médical, et n'est pas appelé à l'instance.

Le salarié n'est pas non plus partie à l'instance, la décision attributive de rente étant définitive en ce qui le concerne. En l'absence du salarié, l'on ne saurait présumer de son accord à la levée du secret médical, quand bien même il ait réclamé l'attribution d'une rente accident du travail<sup>194</sup>.

La caisse primaire peut se trouver alors dans l'impossibilité de démontrer le bien-fondé de sa décision. Par deux arrêts du 19 février 2009, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a décidé que, dans un tel cas, la caisse n'ayant pas fourni les pièces nécessaires à un réel débat contradictoire, sa décision n'était pas opposable à l'employeur, qui n'avait pu exercer de manière effective son droit à recours<sup>195</sup> (voir aussi 2<sup>e</sup> Civ., 2 avril 2009, pourvoi n° 08-11.961).

---

193. Plus spécialement, à propos d'une demande d'un employeur tendant à lui voir déclarer inopposable une décision attributive de rente, la CPAM ayant refusé de communiquer le rapport d'évaluation des séquelles, cf. 2<sup>e</sup> Civ., 14 septembre 2004, pourvoi n° 02-31.121, rappelant la possibilité pour l'employeur de faire valoir ses droits dans le cadre d'un débat contradictoire portant sur le fond devant les juridictions du contentieux technique.

194. Cf. 2<sup>e</sup> Civ., 13 novembre 2008, *Bull.* 2008, II, n° 240, pourvoi n° 07-18.364 : viole les articles 9 du code civil, aux termes duquel chacun a droit au respect de sa vie privée et R. 4127-4 du code de la santé publique, précédemment article 4 du code de déontologie médicale, dont il résulte que le secret médical, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin, la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail qui, pour ordonner la production de toutes pièces administratives et médicales nécessaires à la solution d'un litige opposant un organisme de sécurité sociale à un employeur, retient que l'assuré social sollicitant un avantage social en réparation d'un préjudice renonce volontairement, dans son propre intérêt, à la protection instituée en sa faveur par l'article 4 du code de déontologie médicale, alors que ni l'accord de la victime ni son absence d'opposition à la levée du secret médical ne peuvent résulter de la simple sollicitation de prestations.

195. 2<sup>e</sup> Civ., 19 février 2009, *Bull.* 2009, II, n° 62, pourvoi n° 08-11.959 : la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail, ayant retenu à bon droit, d'une part, que ni l'indépendance du service du contrôle médical vis-à-vis de la caisse ni les réserves émises par celle-ci sur le respect du secret médical ne peuvent exonérer les parties à la procédure du respect des principes d'un procès équitable, d'autre part, que la caisse n'ayant pas fourni les pièces nécessaires à un réel débat contradictoire sur la fixation du taux d'incapacité permanente partielle d'un salarié, son employeur n'avait pu exercer de manière effective son droit de recours, a exactement déduit de ces énonciations que la décision de la caisse fixant ce taux n'était pas opposable à cet employeur; 2<sup>e</sup> Civ., 19 février 2009, *Bull.* 2009, II, n° 62, pourvoi n° 08-11.888 : la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail, ayant relevé que dans le cadre de la procédure de contestation du taux d'incapacité permanente partielle d'un salarié initiée par son employeur, celui-ci avait sollicité la communication de différentes pièces médicales et retenu que la caisse n'ayant pas fourni les pièces nécessaires à un réel débat contradictoire, l'employeur n'avait pu exercer de façon effective son droit de recours, a exactement déduit de ces constatations et énonciations que la décision de la caisse n'était pas opposable à cet employeur.

En réponse aux difficultés que la jurisprudence avait mises en évidence, les dispositions des articles R. 441-10 et suivants du code de la sécurité sociale (décision de reconnaissance du caractère professionnel de la maladie ou de l'accident) et R. 434-32 et suivants du même code (décision attributive de rente), ont été modifiés par le décret n° 2009-938 du 29 juillet 2009, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2010, lequel vise, selon la circulaire n° DSS/2C/2009/267 du 21 août 2009, « à encadrer et à sécuriser la procédure d'instruction des déclarations d'accident du travail [...] et maladies professionnelles <sup>196</sup> ».

Il convient de souligner la disparition dans les nouveaux textes de l'énoncé d'une obligation générale d'information de l'employeur. Plus spécialement, le texte de l'article R. 441-11 se limite désormais à imposer une information de l'employeur quant à l'existence d'une demande de prise en charge émanant directement du salarié, tout en précisant que celle-ci doit être faite par tout moyen permettant de déterminer sa date de réception.

Cependant, le contenu de l'obligation d'information, tel qu'il a été défini par la jurisprudence de la chambre sociale, puis de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, est repris et détaillé dans ces nouvelles dispositions. En particulier, si le nouveau texte rappelle que la caisse n'est tenue de procéder à une instruction préalable qu'en cas de réserves de l'employeur, en cas de décès, ou si elle l'estime nécessaire, il précise désormais que les réserves doivent être « motivées ». Comme le précise la circulaire, il s'agit d'éviter ainsi toute contestation sur une simple mention de réserves, sans aucune motivation, de la part de l'employeur (cf. circulaire, p. 3).

Surtout, le troisième alinéa de l'article R. 441-14 du code de la sécurité sociale prévoit désormais que « dans les cas prévus au dernier alinéa de l'article R. 441-11, la caisse communique à la victime ou à ses ayants droit et à l'employeur au moins dix jours francs avant de prendre sa décision, par tout moyen permettant d'en déterminer la date de réception, l'information sur les éléments recueillis et susceptibles de leur faire grief, ainsi que sur la possibilité de consulter le dossier mentionné à l'article R. 441-13 », instaurant ainsi une obligation d'information de l'employeur à la fin de l'instruction, qui n'est que la reprise de la jurisprudence antérieure de la deuxième chambre civile <sup>197</sup>.

Par ailleurs, le nouveau texte prévoit désormais que les décisions de prises en charge (article R. 441-14, 4<sup>e</sup> alinéa, nouveau du code de la sécurité sociale) et les décisions attributives de rente <sup>198</sup> (article R. 434-32, nouveau du même code) soient notifiées à l'employeur « par tout moyen permettant de déterminer la date de réception », faisant ainsi courir le délai de deux mois pour les contester.

196. Circulaire du ministre du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville, n° DSS/2C/2009/267, du 21 août 2009 relative à la procédure d'instruction des déclarations d'accident du travail et maladies professionnelles, NOR : SASS0919820C.

197. On soulignera cependant que le décret fixe un délai de dix jours francs, que la caisse doit laisser aux parties pour consulter le dossier, avant de prendre sa décision, alors que la jurisprudence laissait aux juges du fond l'appréciation du caractère raisonnable de ce délai.

198. On soulignera que le texte prévoit qu'elles doivent désormais être motivées.

## L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR : LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

Enfin, l'article 79 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital a modifié l'article L. 143-10 du code de la sécurité sociale, en organisant, dans le cadre d'une expertise organisée par la juridiction du contentieux de l'incapacité, la communication du dossier médical au médecin-expert, et à celui désigné par l'employeur.

On peut toutefois regretter que des dispositions semblables n'aient pas été adoptées, s'agissant de la contestation, devant les juridictions du contentieux général, du caractère professionnel de l'accident ou de la maladie.

### 1.1.3.2.2.2. Le contrôle et le redressement des cotisations et contributions sociales

Si les opérations d'assiette et de paiement des cotisations et contributions qui concourent au financement des régimes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole reposent, prioritairement, sur l'accomplissement de leurs obligations en la matière par les redevables – tel est le cas en particulier dans le régime général, l'employeur étant appelé à procéder au calcul des sommes dues, au précompte de la part incombant au salarié et au paiement à l'URSSAF de l'ensemble des cotisations et contributions dans les délais prescrits –, les organismes de recouvrement sont habilités à procéder au contrôle, au redressement et au recouvrement forcé des sommes dues par les redevables. La mise en œuvre des prérogatives dont disposent ainsi les organismes de recouvrement est assortie toutefois de garanties à l'usage du redevable, qui peut prétendre, en particulier, être dûment informé tant de la procédure dont il fait l'objet que des résultats de celle-ci. L'évolution de la jurisprudence en la matière est particulièrement sensible depuis le milieu des années 1990, relayée, le cas échéant, par le législateur et le pouvoir réglementaire qui n'ont pas hésité à codifier, parfois maladroitement, les principes directeurs issus des décisions de la Cour de cassation<sup>199</sup>.

Le droit de savoir trouve ainsi à s'appliquer lors des principales étapes de la procédure de contrôle, de redressement et de recouvrement forcé des cotisations et contributions<sup>200</sup> :

– à moins qu'il ne s'inscrive dans le cadre de la lutte contre le travail illégal, le contrôle doit être précédé désormais de l'envoi au préalable d'un avis (décret du 28 mai 1999). Il s'agit là pour la Cour de cassation d'une formalité requise à peine de nullité dont le redevable peut se prévaloir sans avoir à justifier d'un préjudice (2<sup>e</sup> Civ., 10 juillet 2008, *Bull.* 2008, II, n° 188, pourvoi n° 07-18.152);

– lorsque l'agent de l'organisme a achevé ses opérations de contrôle, il doit informer le redevable de leur résultat. Découlant des exigences du principe de la contradiction, désormais précisée par les dispositions de l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale, assortie

199. Ainsi les dispositions de l'article R. 243-59 du code de la sécurité sociale ont-elles été modifiées et complétées par les décrets n° 99-434 du 28 mai 1999 et 2007-546 du 11 avril 2007.

200. Sur la question, cf. J.-J. Gatineau, « De la sécurité juridique en droit de la sécurité sociale », *in Dr. soc.*, 2009, p. 332; X. Prétot, « Le recouvrement des cotisations de sécurité sociale : les prérogatives des organismes de recouvrement et le développement des garanties du redevable », *in Mélanges L. Philip, Economica*, 2005, p. 541 et « L'entreprise, l'URSSAF et les cotisations », *in Dr. soc.*, 2006, p. 415. Cf. également le rapport du groupe de travail présidé par O. Fouquet, « Cotisations sociales : stabiliser la norme, sécuriser les relations avec les URSSAF et prévenir les abus », juillet 2008.

d'un délai de réponse de trente jours, la communication au redevable des constatations et observations effectuées par l'agent ainsi que des redressements envisagés est impérative : à défaut, les opérations de contrôle sont entachées de nullité de sorte que le recouvrement des cotisations et contributions ne peut être poursuivi (2<sup>e</sup> Civ., 14 octobre 2003, *Bull.* 2003, II, n° 298, pourvoi n° 02-30.429; 2<sup>e</sup> Civ., 16 mars 2004, *Bull.* 2004, II, n° 123, pourvoi n° 02-31.062; 2<sup>e</sup> Civ., 27 janvier 2004, *Bull.* 2004, II, n° 29, pourvoi n° 02-30.706; 2<sup>e</sup> Civ., 19 avril 2005, *Bull.* 2005, II, n° 104, pourvoi n° 03-30.511 – *RJS* 2005, n° 771; *TPS* 2005, comm. n° 189, obs. X. Prétot). L'obligation d'informer le redevable s'impose à l'organisme y compris lorsqu'il se borne à tirer les conséquences d'une rectification d'assiette opérée par un autre service (2<sup>e</sup> Civ., 14 octobre 2003, *Bull.* 2003, II, n° 298, pourvoi n° 02-30.429 – *Dr. soc.* 2003, p. 1141, obs. X. Prétot; *RJS* 2003, n° 1443 – ou 2<sup>e</sup> Civ., 6 avril 2004, *Bull.* 2004, II, n° 155, pourvoi n° 02-30.863 – *RJS* 2004, n° 746; *TPS* 2004, comm. n° 2003 [2<sup>e</sup> esp.], comm. X. Prétot);

– la mise en recouvrement des cotisations et contributions doit nécessairement être précédée d'une mise en demeure, qui a pour effet, en particulier, d'interrompre la prescription. Invitation impérative adressée au débiteur d'avoir à régulariser sa situation dans le délai qui lui est imparti, la mise en demeure doit impérativement, pour satisfaire aux exigences du principe du contradictoire et du respect des droits de la défense, préciser, à peine de nullité, « outre la nature et le montant des cotisations réclamées, la période à laquelle elles se rapportent, sans que soit exigée la preuve d'un préjudice » (Soc., 19 mars 1992, *Bull.* 1992, V, n° 204, pourvoi n° 88-11.682 – *D.* 1993, somm., p. 275, obs. X. Prétot; *Dr. soc.* 1993, p. 85, note A. Arseguel et P. Isoux – et 2<sup>e</sup> Civ., 16 mars 2004, *Bull.* 2004, II, n° 123, pourvoi n° 02-31.062). La même exigence s'applique à la contrainte dont l'organisme de recouvrement peut user pour procéder au recouvrement forcé des cotisations et contributions (mêmes arrêts).

La jurisprudence de la Cour de cassation s'avère néanmoins nuancée, évitant en particulier tout excès de formalisme :

– ainsi l'organisme de recouvrement n'est-il pas tenu, dans le silence des textes, de motiver l'avis avant contrôle (2<sup>e</sup> Civ., 2 octobre 2008, *Bull.* 2008, II, n° 204, pourvoi n° 07-17.936 ou 2<sup>e</sup> Civ., 4 février 2010, pourvoi n° 08-21.034);

– de même la jurisprudence admet-elle la validité de la mise en demeure qui comporte la motivation exigée par l'arrêt de la chambre sociale du 19 mars 1992 (*Bull.* 1992, V, n° 204, pourvoi n° 88-11.682) non dans le corps de la mise en demeure, mais dans des documents annexes ou dans une précédente mise en demeure auxquels la mise en demeure litigieuse renvoie (Soc., 30 mars 1995, pourvoi n° 93-10.495 – *RJS* 1995, n° 542 – ou Soc., 29 janvier 1998, *Bull.* 1998, V, n° 52, pourvoi n° 96-13.163 – *RJS* 1998, n° 365; *TPS* 1998, comm. n° 135, obs. X. Prétot –; encore convient-il que ces documents s'avèrent précisément motivés : Soc., 4 février 1999, *Bull.* 1999, V, n° 57, pourvoi n° 96-13.286 – *TPS* 1999, comm. n° 167, obs. X. Prétot – ou 2<sup>e</sup> Civ., 16 mars 2004, *Bull.* 2004, II, n° 123, pourvoi n° 02-31.062 – *RJS* 2004, n° 749; *TPS* 2004, comm. n° 203, obs. X. Prétot). De même une différence minime entre le montant réclamé dans la lettre d'observations après contrôle et le montant réclamé dans la mise en demeure ne saurait-elle frapper celle-ci de nullité (2<sup>e</sup> Civ., 13 décembre 2007, *Bull.* 2007, II, n° 265, pourvoi n° 06-20.543).

**1.1.3.2.2.3. Le recouvrement des indus (assurés et allocataires – professionnels et établissements de santé)**

Les organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole sont appelés, en cas d'erreur ou de fraude, à recouvrer le montant des prestations qu'ils ont indûment versées à leurs assurés ou allocataires. Jusqu'à une période récente, la répétition de l'indu obéissait, pour l'essentiel, aux règles de droit commun fixées par le code civil, réserve faite de l'application des règles de la prescription propres aux prestations sociales (en principe la prescription biennale) et de la faculté reconnue aux organismes de procéder, sous certaines conditions, à la remise gracieuse, en tout ou partie, du montant des sommes litigieuses.

Le régime du recouvrement des indus connaît toutefois, depuis dix à quinze ans, une évolution certaine qui conduit à subordonner l'action engagée par l'organisme au respect de règles de forme et de procédure qui tendent à garantir, en particulier, l'information du débiteur.

On mentionnera ainsi les dispositions de l'article 25 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ; suivant celles-ci, d'application générale, les décisions des organismes qui entendent procéder au recouvrement de prestations indûment versées, doivent être motivées et indiquer les voies et délais de recours ouverts à l'usager ainsi que les conditions et les délais dans lesquels celui-ci peut présenter ses observations écrites ou orales. Ces dispositions qui répondent ainsi aux exigences du principe de la contradiction, n'ont pas donné lieu, jusqu'à présent, à jurisprudence de la Cour de cassation.

Le développement des procédures de contrôle, de sanction et de recouvrement des indus à l'endroit des professionnels de santé et établissements de soins a conduit à l'adoption de procédures particulières, d'ailleurs maintes fois remises sur le métier. Les dispositions de l'article L. 133-4 du code de la sécurité sociale habilite ainsi les organismes d'assurance maladie à procéder directement auprès du professionnel de santé ou de l'établissement de soins à l'origine du non-respect de la règle, au recouvrement des sommes correspondant aux actes, prestations et produits pris en charge en méconnaissance des règles de tarification, de facturation et de remboursement. S'il est exact qu'à l'origine ces dispositions, dont la jurisprudence a retenu qu'elles régissaient seules la procédure de l'indu (Soc., 31 mars 2003, *Bull.* 2003, V, n° 121, pourvoi n° 01-21.470), ne comportaient aucune règle de procédure, elles ont fait l'objet, récemment, de modifications, d'ailleurs complétées par la voie réglementaire, destinées à permettre l'information du débiteur et à lui ouvrir la possibilité de contester, avant même un recours contentieux, le bien-fondé et le montant des sommes réclamées. Il appartiendra à la Cour de cassation de préciser la portée de ces dispositions et, en particulier, l'effet de leur méconnaissance sur la validité de la procédure de recouvrement de l'indu.

Des dispositions de même facture ont été adoptées, d'une part, pour le contrôle des professionnels et établissements de santé par les services du contrôle médical des organismes d'assurance maladie (articles R. 315-1 et suivants du code de la sécurité sociale), d'autre part, pour le contrôle de l'application au sein des établissements de santé des règles de la tarification à l'activité (articles R. 162-42-10 et suivants du code de la sécurité sociale), de manière à garantir, tout au long des opérations de contrôle, l'information du professionnel ou de l'établissement, partant le respect des principes de la contradiction et des droits de la

défense. Déjà applicables devant les juridictions du fond, ces dispositions devraient nourrir, à brève échéance, des pourvois en cassation. On relèvera d'ailleurs que la Cour de cassation a reconnu aux dispositions de l'article R. 162-42-10 du code de la sécurité sociale, issues pour l'essentiel d'un décret n° 2006-307 du 16 mars 2006, le caractère de règles de procédure immédiatement applicables (2<sup>e</sup> Civ., 8 juillet 2010, *Bull.* 2010, II, n° 142, pourvoi n° 09-68.715).

#### **1.1.3.2.3. Contradictoire, information et vie privée : la jurisprudence Okaïdi en droit social**

La question de l'équilibre entre les principes tout aussi fondamentaux de respect du principe de la contradiction, de droit à l'information et de respect de la vie privée s'est posée avec une acuité toute particulière pour l'application des nouvelles dispositions de l'article L. 2142-1 du code du travail. Cet article, issu de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, prévoit que la désignation par un syndicat d'un représentant syndical dans l'entreprise nécessite que ce syndicat établisse la présence, dans le périmètre de désignation du représentant syndical, d'une section syndicale comprenant au moins deux adhérents du syndicat.

La preuve de la présence d'adhérents suppose donc que soit dévoilée l'identité des salariés qui ont choisi de se syndiquer dans l'entreprise. Ce qui, à l'évidence, pose des difficultés importantes, tant au niveau du respect de la vie privée (droit pour le salarié de ne pas faire connaître ses choix syndicaux) que du respect de la liberté syndicale (droit pour le syndicat de ne pas faire connaître – et soumettre à d'éventuelles pressions patronales, faute de protection particulière – le nom de ses adhérents). Et ce d'autant plus que les adhérents ne sont pas parties au litige qui oppose le syndicat et l'employeur.

Et pourtant, le texte ne laisse pas place à l'interprétation : l'employeur est bien en droit d'exiger qu'il soit prouvé la présence d'adhérents pour que soit validée la désignation d'un représentant syndical.

Confrontée à cette contrariété, la chambre sociale a décidé, pour la première fois, que la confrontation des principes devait conduire, à titre exceptionnel, à l'aménagement du principe du contradictoire. Dans l'arrêt Okaïdi du 8 juillet 2009 (*Bull.* 2009, V, n° 180, pourvois n° 09-60.031, 09-60.032 et 09-60.011), la Cour de cassation, s'appuyant sur l'article 6 du préambule de la Constitution de 1946, sur l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, et sur l'article 9 du code civil relatif à la vie privée, a ainsi décidé que « l'adhésion d'un salarié à un syndicat relève de sa vie personnelle et ne peut être divulguée sans son accord ; qu'à défaut d'un tel accord, le syndicat qui entend créer ou démontrer l'existence d'une section syndicale dans une entreprise, alors que sa présence y est contestée, ne peut produire ou être contraint de produire une liste nominative de ses adhérents ; [...] que l'article L. 2142-1 du code du travail exige[ant], pour la constitution d'une section syndicale, la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise », il appartient au syndicat d'« apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents du syndicat, dont seul le juge peut prendre connaissance ».

## L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR : LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

Le droit de savoir de l'employeur, nécessaire au contrôle de la réalité d'une présence syndicale dans l'entreprise, est ainsi limité à ce qui est nécessaire : la vérification de l'existence d'au moins deux adhérents. Mais seul le juge judiciaire, garant du respect des libertés individuelles, pourra prendre connaissance, pour s'assurer de la réalité de l'adhésion, de l'identité personnelle des salariés concernés.

### **1.1.4. Obligation d'information institutionnelle**

L'étude de l'obligation d'information institutionnelle en droit du travail (1.1.4.1.) sera suivie de celle de l'obligation d'information institutionnelle en droit de la sécurité sociale (1.1.4.2.).

#### **1.1.4.1. L'obligation d'information institutionnelle en droit du travail**

Le droit de savoir pour assurer la santé et la sécurité des travailleurs sera envisagé (1.1.4.1.1.) avant que ne le soit le droit de savoir pour garantir un exercice effectif des droits et libertés des salariés (1.1.4.1.2.).

##### ***1.1.4.1.1. Le droit de savoir pour assurer la santé et la sécurité des travailleurs : la circulation de l'information entre salariés et représentants du personnel***

Il y a lieu de mentionner d'une part le droit d'alerte (1.1.4.1.1.1.), d'autre part le droit à l'information du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) en cas de projet important (1.1.4.1.1.2.).

###### **1.1.4.1.1.1. Le droit d'alerte**

1.1.4.1.1.1.1. Droit d'alerte du représentant du personnel au CHSCT en cas de danger grave et imminent

Il s'agit-là du pendant du droit d'alerte conféré aux travailleurs par l'article L. 4131-2 du code du travail. Ce même texte prévoit en effet que lorsqu'un représentant du personnel au CHSCT constate, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, qu'il existe une cause de danger grave et imminent, il en alerte immédiatement l'employeur selon la procédure organisée aux articles L. 4132-1 à L. 4132-5 du même code. Le représentant consigne son avis par écrit, sur un registre spécial (article D. 4132-1 du même code) tenu à la disposition des représentants du personnel au CHSCT (article D. 4132-2 du même code).

L'employeur procède immédiatement à une enquête avec le représentant et prend les mesures nécessaires pour remédier au danger que celui-ci lui a signalé. En cas de divergence sur la réalité du danger ou la façon de le faire cesser, le CHSCT est réuni dans les vingt-quatre heures. L'employeur informe immédiatement l'inspecteur du travail et l'agent du service de prévention de la caisse régionale d'assurance maladie, qui peuvent assister à la réunion (article L. 4132-4 du même code).

## TROISIÈME PARTIE : ÉTUDE

### 1.1.4.1.1.2. Droit d'alerte des délégués du personnel pour atteinte à la santé physique et mentale des personnes

Les délégués du personnel ont, selon l'article L. 2313-1 (ancien L. 422-1, alinéa 1 à 3) du code du travail, pour mission de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives relatives notamment à la santé et la sécurité, et de saisir l'inspection du travail de toutes les plaintes et observations relatives à l'application des dispositions légales dont elle est chargée d'assurer le contrôle.

Si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte à la santé physique et mentale des personnes dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur. L'employeur procède sans délai à une enquête avec le délégué et prend les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation.

En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte, et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié, ou le délégué si le salarié intéressé averti par écrit ne s'y oppose pas, saisit le bureau de jugement du conseil de prud'hommes qui statue selon la forme des référés. Le juge peut ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte qui sera liquidée au profit du Trésor (article L. 2313-2 du code du travail).

### 1.1.4.1.1.2. Droit à l'information du CHSCT en cas de projet important : le recours à l'expertise

Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail a notamment pour mission, selon l'article L. 4612-1 du code du travail :

- de contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure ;
- de contribuer à l'amélioration des conditions de travail, notamment en vue de faciliter l'accès des femmes à tous les emplois et de répondre aux problèmes liés à la maternité ;
- de veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières.

Outre les consultations auxquelles il peut procéder en vue de rendre ses avis, il est autorisé par l'article L. 4614-12 du code du travail à faire appel à un expert agréé dans deux cas :

- lorsqu'un risque grave, révélé ou non par un accident du travail, une maladie professionnelle ou à caractère professionnel est constaté dans l'établissement ;
- en cas de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail.

A été considéré comme justifiant le recours à une mesure d'expertise, un projet comportant notamment l'augmentation du nombre des périodes d'astreintes, alors que le médecin du travail avait souligné les risques entraînés par la modification des conditions de travail tenant à la fatigue supplémentaire due à la suppression des repos compensateurs et au nombre d'astreintes importantes (Soc., 12 décembre 2001, pourvoi n° 99-18.980).

\* \* \*



## L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR : LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

D'autres aspects de l'information sur la santé et la sécurité dans l'entreprise pourraient également être traités :

- la limitation au droit de savoir de l'employeur par le secret médical du médecin du travail et du salarié lui-même ;
- l'information des travailleurs par le règlement intérieur sur la lutte contre l'alcoolisme (alcootest notamment), les drogues, le harcèlement moral ;
- l'information par l'employeur des sous-traitants ou intervenants sur les dangers liés à leur intervention ;
- l'information du médecin du travail, en tant que chargé d'action sur le milieu de travail, de conseiller du salarié et de l'employeur, de chargé du suivi médical des salariés, d'acteur participant à une veille sanitaire en lien avec les situations de travail, et de vecteur d'échange d'informations avec le médecin-conseil des organismes de sécurité sociale ;
- le correspondant handicap/santé dans l'entreprise ;
- l'information reçue ou fournie par les caisses d'assurance retraite et de la santé au travail (CARSAT, anciennement caisses régionales d'assurance maladie – CRAM) dans le cadre de leur action de prévention, et les recommandations dispensées par ces organismes ;
- les enquêtes des ingénieurs-conseils et des contrôleurs de sécurité.

On rappellera enfin que l'État lui-même a l'obligation de se tenir informé des dangers que peuvent courir les travailleurs dans le cadre de leur activité professionnelle (CE, 3 mars 2004, requête n° 241153, publié au *Recueil Lebon*).

### **1.1.4.1.2. Le droit de savoir pour garantir un exercice effectif des droits et libertés des salariés**

Il est essentiel, notamment dans les domaines où le salarié exerce des droits de citoyenneté au sein de l'entreprise, à savoir l'exercice de son droit de vote pour l'élection de ses représentants (1.1.4.1.2.1.) et l'exercice de sa liberté syndicale (1.1.4.1.2.2.). La jurisprudence veille à ce que l'application des différentes dispositions qui mettent en œuvre ces droits fondamentaux en garantissent l'effectivité.

#### **1.1.4.1.2.1. L'information en vue des élections**

Les salariés ont tout d'abord un droit de savoir ce qui concerne les élections professionnelles auxquelles ils vont participer. Ainsi, ils doivent être avertis par voie d'affichage de l'organisation des élections, avoir connaissance de la liste électorale et des déclarations de candidatures, être destinataires de la propagande électorale, etc. La Cour de cassation veille en ce domaine à ce que la transparence dans l'organisation des élections et la sincérité du scrutin soient assurées, exigences qui induisent des obligations à l'égard de l'employeur, responsable de l'organisation des élections, mais également à l'égard des organisations syndicales. Ainsi, lorsqu'en application de l'article L. 2122-3 du code du travail issu de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, les organisations syndicales constituent des listes communes en précisant la répartition des suffrages recueillis par la liste, pour déterminer l'audience propre à chaque syndicat de la liste, la Cour de cassation exige que cette répartition soit portée à la connaissance des électeurs avant l'élection. Faute d'une telle information,

la répartition à part égale prévue par défaut par la loi s'appliquera seule (Soc., 13 janvier 2010, *Bull.* 2010, V, n° 6, pourvoi n° 09-60.208).

Le code du travail prévoit en outre la mise à la disposition du comité d'entreprise de panneaux d'affichage, et de locaux dans lesquels ils peuvent tenir des réunions d'information du personnel en dehors des heures de travail. Le contentieux sur ce sujet n'est pas très abondant. Il l'est davantage s'agissant de l'information syndicale.

#### **1.1.4.1.2.2. L'information en vue du libre exercice du droit syndical dans l'entreprise**

Conformément à l'article L. 2142-3 du code du travail, l'information des salariés peut être réalisée par affichage sur les panneaux syndicaux réservés. Cet affichage est le principal moyen d'information des salariés et des autres syndicats de l'entreprise de la désignation des délégués et représentants syndicaux. La date de cet affichage fait donc courir à leur égard le délai de contestation de ces désignations, ce qui est en pratique très important (Soc., 23 septembre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 199, pourvoi n° 08-60.520, par exemple).

Selon l'article L. 2142-4 du même code, l'information syndicale peut également être réalisée par voie de publications et tracts distribués dans l'enceinte de l'entreprise aux heures de sorties et d'entrée du personnel. Comme le rappelle l'article L. 2142-5 du même code, le contenu des affiches, publications et tracts est librement déterminé par l'organisation syndicale, sous réserve de l'application des dispositions relatives à la presse. L'employeur peut donc faire retirer un tract injurieux ou diffamatoire (Soc., 16 octobre 1985, *Bull.* 1985, V, n° 461, pourvoi n° 82-42.984).

Sous réserve qu'un accord d'entreprise le prévoit dans les conditions prévues par l'article L. 2142-6 du code du travail, l'information syndicale peut être assurée par la mise à disposition des informations sur un site syndical mis en place sur l'intranet de l'entreprise ou par leur diffusion sur la messagerie de l'entreprise. Les clauses de cet accord sont essentielles. Ainsi, si un tel accord met à la disposition des organisations syndicales la messagerie électronique de l'entreprise pour la publication d'informations syndicales en subordonnant cette faculté à l'existence d'un lien entre le contenu de l'information et la situation sociale existant dans l'entreprise, commet une faute disciplinaire le salarié qui, se prévalant d'une fonction syndicale, diffuse un message qui n'a aucun lien avec la situation sociale de l'entreprise, ni avec son activité syndicale (Soc., 22 janvier 2008, *Bull.* 2008, V, n° 14, pourvoi n° 06-40.514), ou qui diffuse des tracts syndicaux par voie électronique au-delà des quotas autorisés (Soc., 19 mai 2010, pourvoi n° 09-40.279).

#### **1.1.4.2. L'obligation d'information institutionnelle en droit de la sécurité sociale**

Il y a lieu d'envisager trois points, d'une part l'information individuelle (1.1.4.2.1.), d'autre part l'information générale, ou institutionnelle à proprement parler (1.1.4.2.2.), enfin la sanction de l'obligation d'information (1.1.4.2.3.).

#### 1.1.4.2.1. L'information individuelle

- Certaines dispositions du code de la sécurité sociale assignent aux organismes de sécurité sociale une obligation d'information au profit de leurs assurés et allocataires. L'observation s'impose, en particulier, dans le domaine de l'assurance vieillesse. Dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2003-775 du 21 août 2003, les dispositions de l'article L. 161-17 du code de la sécurité sociale faisaient ainsi obligation aux organismes d'assurance vieillesse d'adresser à leurs assurés, d'une part et à titre de renseignement, les informations nécessaires à la vérification de leur situation au regard des régimes dont ils relèvent, d'autre part et au plus tard avant leur cinquante-neuvième anniversaire, un relevé de compte individuel mentionnant les durées d'assurance et d'activité prises en compte pour le calcul de leurs droits (2<sup>e</sup> Civ., 21 février 2008, pourvoi n° 07-11.806). La jurisprudence n'a retenu toutefois de ces dispositions qu'une application stricte, l'obligation d'information ne pouvant, en particulier, être étendue au-delà de leurs prévisions (Soc., 31 mars 1994, *Bull.* 1994, V, n° 129, pourvoi n° 91-21.107; Soc., 24 octobre 1996, pourvoi n° 94-21.115; Soc., 11 juin 1998, pourvoi n° 96-22.775), non plus d'ailleurs qu'aux ayants droit de l'assuré (Soc., 26 avril 2001, *Bull.* 2001, V, n° 140, pourvoi n° 99-18.548). La jurisprudence pourrait évoluer à l'aune des dispositions insérées dans le code de la sécurité sociale par la loi n° 2003-2003-778 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 suivants, et D. 161-2-1-2 et suivants du même code).

- La jurisprudence s'avère également, au fil du temps, ferme quant au devoir d'information et de conseil qui incombe, plus largement, 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<sup>e</sup> Civ., 25 mai 2004, *Bull.* 2004, II, n° 234, pourvoi n° 02-30.997; 2<sup>e</sup> Civ., 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).

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<sup>e</sup> Civ., 13 juillet 2006, *Bull.* 2006, II, n° 205, pourvoi n° 05-10.958; 2<sup>e</sup> 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<sup>re</sup> Civ., 1<sup>er</sup> 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<sup>e</sup> Civ., 10 juin 2004, pourvoi n° 02-10.824; 2<sup>e</sup> Civ., 15 mai 2008, *Bull.* 2008, II, n° 111, pourvoi n° 07-14.354 – *RJS* 2008, n° 1038 –).

#### **1.1.4.2.2. L'information générale (ou institutionnelle)**

Les organismes de sécurité sociale sont également appelés à diffuser des informations générales auprès du public. L'intervention des organismes en la matière repose, pour partie, sur des dispositions législatives et réglementaires bien précises, que viennent mettre en application, le cas échéant, les conventions d'objectifs et de gestion conclues entre l'État et les organismes nationaux des principaux régimes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole, et les contrats de gestion conclus entre les organismes nationaux et les organismes régionaux et locaux des régimes.

La Cour de cassation n'en admet pas moins que chaque organisme conserve la faculté de développer sa propre politique de conception et de diffusion de l'information au bénéfice de ses usagers. Ainsi les dispositions du code de la sécurité sociale qui confèrent aux organismes d'assurance maladie une mission générale d'information des assurés sociaux portant, notamment, sur le bon usage des soins et produits de santé, ne font-elles nullement obstacle à ce qu'une caisse primaire d'assurance maladie mette en œuvre des mesures d'information en la matière également au profit des professionnels de santé et établissements de soins (2<sup>e</sup> Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-68.268).

#### **1.1.4.2.3. La sanction de l'obligation d'information**

Le manquement d'un organisme de sécurité sociale à ses obligations d'information et de conseil est de nature à justifier sa condamnation au paiement de dommages-intérêts conformément aux règles de la responsabilité civile (Soc., 4 mars 1999, pourvoi n° 96-14.752; 2<sup>e</sup> Civ., 25 mai 2004, *Bull.* 2004, II, n° 234, pourvoi n° 02-30.997). Elle ne saurait conduire, en revanche, à l'attribution de la prestation à laquelle l'assuré ou l'allocataire pouvait prétendre (2<sup>e</sup> Civ., 10 septembre 2009, *Bull.* 2009, II, n° 215, pourvoi n° 08-18.618 ou 2<sup>e</sup> Civ., 19 novembre 2009, *Bull.* 2009, II, n° 281, pourvoi n° 08-21.044).

## **1.2. L'OBLIGATION DE SE JUSTIFIER OU D'EXPLIQUER**

L'exercice d'un pouvoir est de plus en plus rattaché dans notre droit à une obligation de se justifier quant à la façon dont il est exercé ou d'expliquer les raisons de la décision qu'il a permis de prendre. Celui qui obtient ces informations est ainsi mis en mesure d'exercer un contrôle, ou de discuter la décision prise, d'exercer des voies de recours à son encontre. Telles sont les justifications d'une part, de l'obligation de rendre des comptes (1.2.1.), d'autre part, de l'obligation de motivation (1.2.2.).

### **1.2.1. L'obligation de rendre des comptes**

De l'obligation de rendre compte *stricto sensu* peut être distinguée l'obligation de fournir des informations permettant l'exercice d'un contrôle. L'obligation de rendre compte « se manifeste comme une forme d'obligation d'information, mais avec certaines particularités. Si elle est destinée à permettre la communication d'informations qui sont connues du seul

débiteur, elle concerne des opérations où plusieurs intérêts sont mêlés : ceux du créancier et ceux du débiteur en raison d'une certaine confusion des affaires qui résulte de l'exercice de pouvoirs sur les biens d'autrui. Une seconde particularité tient au but recherché au-delà de l'information donnée ; il s'agit d'apurer la situation des parties de façon définitive, pour parvenir éventuellement au règlement des comptes au profit de celle qui sera créancier : elle tend à la restitution de ce qui a été perçu pour autrui, ou encore au règlement des sommes exposées dans l'intérêt d'autrui<sup>201</sup> ». Font l'objet d'une telle obligation la reddition de compte pesant sur le mandataire (article 1993 du code civil) ou celle pesant sur le tuteur (articles 510 et s. du code civil), qui ne laissent guère de trace dans la jurisprudence. Dans une acception légèrement différente, l'obligation pour le comité d'entreprise sortant de rendre compte à son successeur constitue aussi une obligation de rendre compte *stricto sensu*, qui appellera quelques observations (1.2.1.1.). Par ailleurs, sera envisagée l'obligation de fournir des informations permettant l'exercice d'un contrôle (1.2.1.2.).

#### **1.2.1.1. L'obligation de rendre compte *stricto sensu* : l'obligation pour le comité d'entreprise sortant de rendre compte à son successeur**

Pour que, malgré les renouvellements successifs des membres du comité d'entreprise à l'occasion des échéances électorales, le comité d'entreprise puisse assurer sa mission dans la continuité, l'article R. 2323-38 du code du travail a prévu que « les membres du comité sortant rendent compte de leur gestion au nouveau comité. Ils remettent aux nouveaux membres tous documents concernant l'administration et l'activité du comité ».

Cette obligation de reddition et de transmission, normale quand elle s'inscrit dans la continuité de l'institution, ne constitue donc pas un droit de savoir individuel. La nuance est importante. C'est ce qu'a rappelé la chambre sociale dans un arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2010 (*Bull.* 2010, V, n° 122, pourvoi n° 09-12.758). Constatant que l'action en reddition de compte avait été engagée par le nouveau président du comité d'entreprise, de sa seule initiative, à l'encontre du trésorier de l'ancien comité d'entreprise, la chambre sociale approuve la cour d'appel d'avoir considéré que cette action devait être déclarée irrecevable. Doit être en effet approuvé l'arrêt qui a retenu que cette obligation de remise des documents à l'occasion de la reddition des comptes a été édictée au profit du comité d'entreprise lui-même pour assurer la continuité de son fonctionnement et non celui de chacun de ses membres, et a décidé que la demande du président du comité qui n'avait pas été mandaté par celui-ci pour agir en justice, était irrecevable.

#### **1.2.1.2. L'obligation de fournir des informations permettant l'exercice d'un contrôle**

Sous l'angle d'abord du droit des sociétés sera observée l'obligation d'information des associés (1.2.1.2.1.) puis, en droit du travail, c'est le droit de savoir des représentants des salariés pour contrôler les décisions qui sera précisé (1.2.1.2.2.).

201. L. Rozès, « L'obligation de rendre compte », in *Mélanges Despax*, PUSST, 2002, p. 107.

#### **1.2.1.2.1. L'obligation d'information des associés**

S'il paraît naturel que les associés ou actionnaires soient exactement et complètement informés de la marche des affaires sociales, la mise en œuvre de cette prérogative n'en obéit pas moins à des règles éminemment variables selon les circonstances et la forme sociale.

De manière générale, il entre dans les attributions des dirigeants sociaux de prendre l'initiative de porter à la connaissance des associés ou actionnaires les éléments nécessaires pour permettre à ceux-ci de se prononcer en connaissance de cause, spécialement – mais pas exclusivement – à l'occasion du contrôle qu'ils exercent annuellement sur la gestion et les comptes sociaux. Divers mécanismes permettent en outre aux associés ou actionnaires, soit de vaincre l'inertie des dirigeants, soit d'obtenir des informations complémentaires.

La matière, cependant, fait le plus souvent l'objet, du moins dans les sociétés commerciales<sup>202</sup> d'une réglementation extrêmement détaillée<sup>203</sup> laissant peu de place à l'apport jurisprudentiel. De sorte que la Cour de cassation intervient principalement pour régler les questions que peuvent poser les textes récents, plus rarement pour préciser les sanctions du défaut d'information.

##### **1.2.1.2.1.1. L'interprétation des textes récents**

En ce qui concerne l'interprétation des textes récents, la Cour de cassation a notamment dû se prononcer sur deux innovations introduites par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, dite « NRE », relative aux nouvelles régulations économiques.

- La première innovation réside dans la procédure d'injonction de faire prévue par l'article L. 238-1 du code de commerce et permettant aux « personnes intéressées » qui ne peuvent obtenir la communication de certains documents énumérés par le texte de demander au juge des référés, soit d'enjoindre sous astreinte aux dirigeants de les communiquer, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette communication.

S'agissant des parties à la procédure, la chambre commerciale a précisé : quant au demandeur, qu'un actionnaire désigné comme tel par les statuts est une personne intéressée au sens du texte et a, à ce titre, qualité pour agir<sup>204</sup>; quant au défendeur, que la demande doit être formée contre les dirigeants sociaux pris en leur nom personnel et non contre la société qu'ils représentent<sup>205</sup>.

202. Dans les sociétés civiles, voir articles 1855 et 1856 du code civil.

203. Cf. spécialement, dans la société en nom collectif (SNC), article L. 221-7 du code de commerce; dans la société à responsabilité limitée (SARL), article L. 223-26 du code de commerce; dans la société anonyme (SA), articles L. 225-115 et s., articles L. 225-129, article L. 225-135 et s. du code de commerce.

204. Com., 23 juin 2009, pourvoi n° 08-14.117.

205. Com., 1<sup>er</sup> juillet 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 138, pourvoi n° 07-20.643.

S'agissant de l'objet de la demande, la même chambre a encore considéré que la liste de documents figurant dans le texte revêt un caractère limitatif<sup>206</sup> et qu'il n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés d'apprécier si une convention présente ou non les caractères permettant de l'inclure dans la liste des conventions dites libres soumises à communication<sup>207</sup>.

S'agissant, enfin, du moment de la demande, la chambre commerciale a encore précisé, à propos de la communication de la liste des actionnaires, que celle-ci devant être faite dans les quinze jours précédant l'assemblée générale<sup>208</sup>, la demande tendant à cette communication ne pouvait être formée après la réunion de ladite assemblée<sup>209</sup>.

- La seconde innovation concerne l'expertise de gestion dans les sociétés anonymes et plus spécialement le cas où l'initiative de la mesure est prise par un ou plusieurs actionnaires ou par une association d'actionnaires. Dans cette hypothèse, la loi du 15 mai 2001 a, en effet, introduit une procédure en deux temps en obligeant les initiateurs de la mesure à interroger d'abord les dirigeants et en érigeant l'absence de réponse ou de réponse satisfaisante en condition de la demande judiciaire de désignation d'un expert<sup>210</sup>. La Cour de cassation a dû préciser le sens et la portée de cette exigence nouvelle sur deux points.

S'agissant du contenu de la phase préalable d'information interne, la chambre commerciale a retenu : d'une part, quant aux questions posées, que l'actionnaire demandeur ne peut se borner à s'interroger de façon générale sur la politique sociale et doit solliciter des explications précises sur des actes de gestion clairement identifiés<sup>211</sup>; d'autre part, quant aux réponses obtenues, qu'il appartient au juge saisi d'une demande d'expertise de gestion de rechercher si les éléments de réponse communiqués à l'actionnaire demandeur présentent ou non un caractère satisfaisant<sup>212</sup>.

S'agissant de la portée de cette procédure préalable, la même chambre a encore précisé que son respect, s'il est nécessaire, n'est pas pour autant suffisant et n'a pas pour conséquence de priver le juge de son pouvoir d'apprécier le sérieux de la demande qui lui est présentée<sup>213</sup>.

206. Com., 23 juin 2009, pourvoi n° 08-14.117, qui exclut en conséquence la communication de la copie des procès-verbaux des réunions du conseil d'administration, des registres de présence au conseil et des convocations adressées aux administrateurs, ces documents n'étant pas visés par le texte.

207. Com., 26 février 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 45, pourvoi n° 07-15.269. Sur ces caractères, voir article L. 225-115 6° du code de commerce.

208. Articles L. 225-116 et R. 225-90 du code de commerce.

209. Com., 26 février 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 45, pourvoi n° 07-15.269.

210. Article L. 225-231, alinéa 1 et 2 du code de commerce.

211. Com., 14 février 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 40, pourvoi n° 05-11.822.

212. Com., 17 janvier 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 12, pourvoi n° 05-10.167.

213. Com., 11 octobre 2005, pourvoi n° 03-15.448. Ce caractère sérieux suppose ordinairement que soient relevés des indices d'irrégularités ou une menace pour l'intérêt social – voir par exemple : Com., 14 juin 2005, pourvoi n° 03-14.423 ; Com., 27 janvier 2009, pourvoi n° 07-16.771 ; Com., 5 mai 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 63, pourvoi n° 08-15.313. Il nécessite, en outre, que l'expertise ne soit pas rendue inutile par la circonstance qu'elle ne serait pas de nature à permettre d'obtenir des informations autres que celles déjà détenues par le demandeur : Com., 12 février 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 38, pourvoi n° 06-20.121.

### 1.2.1.2.1.2. Les sanctions du défaut d'information

En ce qui concerne les sanctions, l'absence ou l'insuffisance de l'information peut entraîner des conséquences plus ou moins radicales et surtout plus ou moins classiques.

- La sanction la plus radicale et la plus classique consiste dans l'annulation des délibérations adoptées sur le fondement d'une information insuffisante ou inexacte. Il ne suffit pas, cependant, que les associés ou actionnaires n'aient pas eu communication des documents énumérés par les textes. Cette circonstance, en effet, n'est pas source d'une nullité de droit mais seulement d'une nullité facultative dont le prononcé est subordonné à l'existence d'un grief causé par l'irrégularité. La solution, qui résulte des textes relatifs aux assemblées des sociétés commerciales<sup>214</sup>, a été étendue par la chambre commerciale à la délibération des associés d'une société civile prise en l'absence du rapport écrit du gérant<sup>215</sup>. La nullité est en revanche prononcée, par application des règles régissant la nullité des contrats<sup>216</sup>, s'il apparaît que le consentement des associés ou actionnaires a été vicié, spécialement par l'effet d'un dol commis par les dirigeants<sup>217</sup>.

Non moins classique mais moins perturbatrice apparaît la condamnation des dirigeants à payer des dommages-intérêts, non seulement à la société elle-même, mais aussi aux associés ou actionnaires justifiant d'un préjudice personnellement subi du fait soit du défaut d'information<sup>218</sup> soit, *a fortiori*, du caractère intentionnellement trompeur des informations fournies<sup>219</sup>.

- Plus originales sont les sanctions consistant à faire de l'absence d'information la source d'une inopposabilité<sup>220</sup> ou, surtout, à voir dans l'insuffisance de l'information reçue une circonstance exclusive de tout abus de minorité de la part de l'associé ou actionnaire qui s'est opposé à la résolution proposée<sup>221</sup>.

La chambre commerciale refuse en revanche de considérer que la carence, même totale et durable, des dirigeants dans l'exécution de leur devoir d'information et de reddition de

214. Articles L. 221-7, alinéa 2 (SNC), L. 223-26, alinéa 2 (SARL), L. 225-121, alinéa 2 (SA) et L. 227-9, alinéa 4 (SAS) du code de commerce. Ces textes se bornent à prévoir que les décisions prises en violation des dispositions relatives à l'information des associés ou actionnaires « peuvent être annulées ». Pour une application, cf. Com., 19 septembre 2006, pourvoi n° 05-13.264.

215. Com., 19 avril 2005, *Bull.* 2005, IV, n° 96, pourvoi n° 02-13.599. Rapprocher 1<sup>re</sup> Civ., 31 octobre 1989, *Bull.* 1989, I, n° 339, pourvoi n° 87-10.005.

216. Auxquelles renvoient les dispositions des articles 1844-10, alinéa 3, du code civil et L. 235-1, alinéa 2, du code de commerce.

217. Com. 28 avril 2004, pourvoi n° 00-12.827. Cf. Com. 3 juin 1998, *Bull.* 1998, IV, n° 178, pourvoi n° 96-13.891.

218. Com., 9 octobre 2007, pourvoi n° 04-10.382.

219. Com., 8 novembre 2005, pourvoi n° 03-19.679.

220. Com., 29 avril 2002, pourvoi n° 99-13.402 : s'agissant d'une cession de parts, la notification du projet de cession à la seule société « n'était pas de nature à assurer l'information personnelle régulière et suffisante des associés ».

221. Com., 20 mars 2007, *Bull.* 2007, IV, n° 97, pourvoi n° 05-19.225. Cf. Com., 27 mai 1997, *Bull.* 1997, n° 159, pourvoi n° 95-15.690.



comptes puisse constituer en elle-même une circonstance justifiant la désignation d'un administrateur provisoire<sup>222</sup>.

#### **1.2.1.2.2. Le droit de savoir des représentants des salariés pour contrôler les décisions**

Le droit de savoir des représentants des salariés est un élément essentiel de la mise en œuvre tant du principe de participation des salariés à la détermination collective de leurs conditions de travail et à la gestion des entreprises que de la liberté syndicale, affirmés respectivement par les articles 8 et 6 du préambule de la Constitution de 1946.

Ce droit est aussi reconnu par l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, entrée en vigueur avec le Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009, qui prévoit que « les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales ». Le considérant 6 de la Directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne témoignait déjà du souci d'éviter « que des décisions graves concernant les travailleurs soient prises et rendues publiques sans que des procédures adéquates d'information et de consultation aient été préalablement mises en place ».

Le droit de savoir des représentants des salariés se traduit notamment par l'obligation faite à l'employeur de les informer sur la situation de l'entreprise (1.2.1.2.2.1.) et de leur fournir les informations nécessaires à l'exercice par le comité d'entreprise de ses attributions consultatives (1.2.1.2.2.2.). La méconnaissance des obligations de l'employeur dans ces domaines, soit pour défaut d'information, soit pour information tardive ou insuffisamment précise, constitue le délit d'entrave prévu par l'article L. 2328-1 du code du travail (Crim., 19 juin 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 150, pourvoi n° 00-80.489; Crim., 15 février 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 61, pourvoi n° 04-84.301; Crim., 19 septembre 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 229, pourvoi n° 05-86.668; Crim., 15 mai 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 126, pourvoi n° 06-84.318). Par ailleurs, le droit de savoir des représentants impose à l'employeur une obligation d'informer les représentants syndicaux dans les matières relevant de la négociation collective, condition d'une négociation loyale (1.2.1.2.2.3.). À ces obligations générales d'information, s'ajoutent des obligations plus spécifiques liées aux opérations électorales (1.2.1.2.2.4.) et à l'administration et au fonctionnement du comité d'entreprise (1.2.1.2.2.5.).

De façon générale, la Cour de cassation veille à assurer l'effectivité de ces différentes obligations en s'attachant à faire prévaloir la finalité du droit de savoir qu'elles consacrent.

222. Com., 25 janvier 2005, pourvoi n° 00-22.457; Com., 18 mai 2010, pourvoi n° 09-14.838.

#### 1.2.1.2.2.1. Le droit des représentants du personnel à l'information sur la situation de l'entreprise

Le comité d'entreprise, ou à défaut, en cas de carence aux élections du comité d'entreprise, les délégués du personnel, reçoit les informations économiques, comptables, financières et sociales sur l'entreprise, afin de lui permettre d'avoir connaissance de la situation de l'entreprise et de son évolution. Ce droit est matérialisé par la remise par l'employeur de différents rapports lors de l'installation du comité, puis périodiquement. Selon l'article L. 2323-61 du code du travail, un accord collectif peut aménager les modalités et la périodicité de ces rapports, sous réserve de la remise d'un rapport au moins annuel. Il découle de la mission générale du comité d'entreprise qui, selon l'article L. 2323-1 du même code, « a pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production ». Une information complète et compréhensible est un élément essentiel à l'exercice utile de cette mission.

Le code du travail prévoit de façon générale que le comité d'entreprise a droit aux mêmes informations que les actionnaires et associés. Ainsi, pour lui permettre de procéder à l'examen annuel des comptes de l'entreprise, les articles L. 2323-8 à L. 2328-11 prévoient que doivent notamment lui être communiqués : dans les sociétés commerciales, l'ensemble des documents comptables transmis aux assemblées des actionnaires ou des associés ainsi que le rapport des commissaires aux comptes ; dans les entreprises ne revêtant pas la forme de société commerciale, l'ensemble des documents comptables établis. En application de l'article L. 2325-35, le comité peut se faire assister d'un expert-comptable rémunéré par l'entreprise pour analyser les informations qui lui sont ainsi remises. Le comité bénéficie également de cette assistance lors d'événements graves comme un licenciement économique. L'article L. 2325-36 précise que la mission de l'expert-comptable porte sur tous les éléments d'ordre économique, financier ou social nécessaires à la compréhension des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise et l'article L. 2325-37 dispose que, pour exercer tout contrôle ou vérification, l'expert comptable a accès aux mêmes documents que le commissaire aux comptes.

L'application de ces dispositions reste source de difficultés, même si les principes de solution, fondés sur la finalité de l'obligation d'information, ont été dégagés depuis longtemps par la Cour de cassation et continuent d'éclairer la jurisprudence récente.

La Cour rappelle ainsi régulièrement que la mission de l'expert-comptable doit permettre aux membres du comité d'entreprise, qui, sans être des experts, se voient remettre une information importante et détaillée, d'en retirer une « intelligence » ou une « compréhension » des comptes et une appréciation de la situation de l'entreprise (Soc., 21 février 1996, *Bull.* 1996, V, n° 62, pourvoi n° 93-16.474). À cet effet, l'expert-comptable est seul juge des documents qui lui sont utiles pour remplir sa mission (Soc., 16 mai 1990, *Bull.* 1990, V, n° 222, pourvoi n° 87-17.555). Le droit du comité de procéder à l'examen annuel des comptes, le cas échéant assisté, étant indépendant de la date d'examen des comptes par l'assemblée générale des actionnaires (Soc., 18 décembre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 214, pourvoi n° 06-17.389), il dispose d'un délai raisonnable pour décider de faire appel à un expert-comptable une fois

que les informations lui ont été remises (Soc., 15 décembre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 285, pourvoi n° 08-17.722).

L'esprit de ces solutions a été étendu aux questions suscitées dans les entreprises constituées de plusieurs établissements ou dans les groupes d'entreprises et spécialement les groupes internationaux. Ainsi, à la question de savoir si un comité d'établissement pouvait dans tous les cas faire appel à un expert-comptable pour examiner les éléments comptables de l'établissement, alors même qu'avait déjà été effectuée, pour le comité central d'entreprise, une expertise des comptes de l'ensemble de l'entreprise, la Cour de cassation, élargissant sa jurisprudence antérieure qui conditionnait l'examen annuel des comptes de l'établissement à l'existence de comptes propres, répond désormais clairement par l'affirmative, précisant en outre que l'expert-comptable désigné par le comité d'établissement, seul juge des documents nécessaires, pouvait considérer utiles à sa mission des documents concernant l'entreprise dans son ensemble ou ses autres établissements (Soc., 18 novembre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 259, pourvoi n° 08-16.260). La mise en place d'un comité d'établissement intervenant dans les établissements jouissant d'une autonomie suffisante en matière de gestion du personnel et de conduite de l'activité économique, et un tel comité disposant des mêmes attributions que le comité d'entreprise, son droit de procéder à l'examen annuel des comptes et, pour ce faire, d'être assisté par un expert-comptable, en résultaient nécessairement.

L'appréciation de la situation d'une entreprise déterminée dans un groupe peut supposer l'examen d'informations financières ou comptables détenues par la société mère du groupe, là où les décisions susceptibles d'affecter l'avenir de l'entreprise sont prises. Saisie de la question de l'étendue de l'obligation d'information dans de telles hypothèses, la Cour de cassation a répondu que l'employeur devait remettre au comité tous les éléments d'information, y compris concernant une société étrangère du groupe dont le chef d'entreprise a pu avoir connaissance (Soc., 27 novembre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 367, pourvoi n° 99-21.903; Soc., 5 mars 2008, *Bull.* 2008, V, n° 50, pourvoi n° 07-12.754). Toujours soucieuse d'assurer l'effectivité du droit de savoir, la Cour de cassation considère que le fait qu'une expertise comptable ait déjà été faite au niveau du groupe ne saurait faire obstacle à la mission de l'expert-comptable du comité d'entreprise, l'analyse comptable de la situation du groupe ou celle de l'entreprise n'ayant pas le même objet (Soc., 5 mars 2008, précité).

Le chef d'entreprise est donc soumis à une exigence de transparence dans l'exécution de son obligation d'information des représentants des salariés sur la situation de l'entreprise.

#### 1.2.1.2.2.2. L'information en vue de la consultation du comité d'entreprise

Les termes de l'article L. 2323-4 du code du travail, que confortent les textes européens précités, font de la remise, en temps utile, d'informations précises et pertinentes un élément essentiel de la validité de la procédure de consultation du comité d'entreprise qui intervient préalablement à la décision du chef d'entreprise. Outre les sanctions pénales encourues, le comité concerné ou les organisations syndicales agissant dans l'intérêt collectif de la profession peuvent demander la suspension de la décision de l'employeur, tant que le comité n'a pas obtenu les informations nécessaires à une consultation régulière, et solliciter du juge qu'il ordonne leur fourniture (Soc., 24 juin 2008, *Bull.* 2008, V, n° 140, pourvoi n° 07-11.411). En tout état de cause, une information insuffisante ou incomplète peut conduire à la

nullité de la procédure, l'employeur étant alors dans l'obligation de la reprendre. La jurisprudence en matière d'information préalable aux décisions en matière de licenciements économiques est abondante et importante sur ce point.

L'article L. 2323-2 du code du travail dispense l'employeur de l'obligation de consultation préalable lors d'une offre publique d'acquisition. Mais cette question peut faire l'objet de difficultés dans les entreprises cotées, dans d'autres situations. Les obligations de confidentialité des membres du comité sont ici particulièrement importantes. L'article 8 de la Directive 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 mai 2009, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, qui refond la Directive 94/45/CE du Conseil, du 22 septembre 1994, permet aux États membres de prévoir des cas dans lesquels les informations n'ont pas à être communiquées lorsque leur nature est telle que, selon des critères objectifs, elles entraveraient gravement le fonctionnement des entreprises concernées ou porteraient préjudice à celles-ci.

Les juges du fond doivent donc vérifier que l'information remise a été complète et loyale (Soc., 30 septembre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 217, pourvoi n° 07-20.525) et qu'elle a été remise dans un délai suffisant (Soc., 6 juillet 1999, *Bull.* 1999, V, n° 335, pourvoi n° 97-21.742) pour que la consultation du comité soit régulière, c'est-à-dire qu'il puisse avoir utilement donné son avis (Soc., 12 décembre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 125, pourvoi n° 06-13.667 ; Soc., 16 décembre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 253, pourvois n° 07-43.285 à 07-43.297) avant que la décision de l'employeur soit effective.

La Cour de cassation a précisé ce qu'il faut entendre par la décision du chef d'entreprise devant être précédée de la consultation du comité. Il s'agit d'une décision de nature à avoir une incidence sur les conditions d'emplois et de travail des salariés ou sur les effectifs, peu important qu'il s'agisse d'un projet qui n'implique pas en lui-même des mesures concrètes s'il est suffisamment déterminé (Soc., 12 novembre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 375, pourvoi n° 96-12.314). En présence d'une décision complexe, l'information et la consultation doit avoir lieu pour chaque décision successive entrant dans la compétence du comité (Soc., 7 février 1996, *Bull.* 1996, V, n° 47, pourvois n° 93-18.756, 93-18.757 et 93-18.878).

En présence de diverses institutions représentatives, au niveau de l'entreprise ou d'un groupe, l'effectivité des différentes obligations de consultation impose au chef d'entreprise d'en respecter les différents objets, qui peuvent être propres à chacune de ces institutions. Chacune d'entre elles doit se voir fournir l'information pertinente. Dans le cadre d'entreprises à établissements multiples, la chambre sociale considère que le comité central d'entreprise est consulté sur les questions concernant la marche générale de l'entreprise. Ainsi, lorsqu'il a exercé son droit d'alerte, le droit de savoir du comité central d'entreprise s'étend aux faits de nature à confirmer la situation économique préoccupante de l'entreprise qui sont la suite nécessaire de ceux ayant motivé l'exercice du droit d'alerte ; la mission de l'expert-comptable peut donc être étendue aux premiers de ces faits (Soc., 29 septembre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 209, pourvoi n° 08-15.035). Les comités d'établissements sont consultés et donc informés sur les décisions qui les concernent (Soc., 5 juillet 2006, *Bull.* 2006, V, n° 239, pourvoi n° 04-18.814). Dans le cadre d'un groupe, il a été jugé en application d'un

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

accord précisant les attributions d'un comité de groupe européen, imposant une consultation préalable en cas de fusion, que ce dernier devait être consulté par la société mère, concernée par l'opération de fusion, préalablement à cette dernière, la seule consultation du comité français étant insuffisante, compte tenu des conséquences sur l'emploi dans l'ensemble des filiales du groupe dans d'autres pays (Soc., 16 janvier 2008, *Bull.* 2008, V, n° 6, pourvoi n° 07-10.597).

#### 1.2.1.2.2.3. L'information en vue de la négociation collective

Selon les articles L. 2232-30 et L. 2242-2 du code du travail, les parties à la négociation annuelle définissent, lors de la première réunion, les informations que l'employeur remettra aux délégués syndicaux. En l'absence de droit d'accès général des délégués syndicaux présents dans l'entreprise, qui sont seuls investis de la mission de négociation collective, aux informations que détient le comité d'entreprise, l'articulation entre la mission du comité d'entreprise et celle des délégués syndicaux est essentielle. La réforme issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, qui, subordonnant dans les entreprises de plus de trois cents salariés la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise à la condition d'avoir des élus dans l'entreprise, pourra priver des organisations reconnues représentatives par leur audience électorale, mais ne pouvant revendiquer deux élus au comité d'entreprise, de la possibilité d'avoir accès à toute l'information du comité d'entreprise, fragilise encore cette articulation. La Cour de cassation a eu à connaître cette difficulté à l'occasion d'une question préjudicielle de constitutionnalité qu'elle a estimé ne pas devoir renvoyer au Conseil constitutionnel dans la mesure où la difficulté ne portait atteinte à aucun des droits et libertés garantis par la Constitution, le législateur étant libre de définir les conditions de légitimité du représentant syndical au comité d'entreprise (Cass., QPC, 18 juin 2010, pourvoi n° 10-14.749). Il appartient ainsi aux parties à la négociation, sous le contrôle du juge, d'être vigilantes sur les informations sollicitées et communiquées, l'effectivité du droit de savoir des représentants conditionnant l'efficacité de la négociation à venir.

#### 1.2.1.2.2.4. L'information en vue de la négociation préélectorale

Responsable de l'organisation des élections dans l'entreprise, l'employeur est celui qui détient les informations sur les effectifs de l'entreprise dont dépend le nombre de délégués, ou celles qui permettent d'établir la liste électorale. C'est donc à lui, a récemment affirmé la Cour de cassation, de remettre aux organisations syndicales les éléments nécessaires au contrôle de l'effectif de l'entreprise et de la régularité de la liste électorale (Soc., 13 novembre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 219, pourvoi n° 07-60.434; Soc., 13 mai 2009, *Bull.* 2009, V, n° 130, pourvoi n° 08-60.530).

Cette obligation s'impose également à lui pour les salariés mis à disposition de l'entreprise par une entreprise extérieure. En effet, sous les réserves prévues par l'article L. 1111-2 2° du code du travail, ces salariés sont compris dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice où ils peuvent, à certaines conditions, être électeurs et éligibles. Alors même qu'il ne dispose pas de toutes les informations concernant ces salariés, en général détenues par les entreprises extérieures, l'employeur utilisateur doit néanmoins, pour les salariés mis à disposition qui choisissent d'être électeurs et éligibles dans son entreprise, fournir aux organisations

syndicales les éléments nécessaires. Il ne peut, pour ce faire, se borner à interroger les entreprises extérieures et se retrancher derrière leur silence ; il doit fournir aux organisations syndicales les éléments dont il dispose ou dont il peut demander judiciairement la production par les entreprises extérieures (Soc., 26 mai 2010, *Bull.* 2010, V, n° 114, pourvoi n° 09-60.400). Cette solution est seule de nature à garantir aux organisations syndicales la réalité du contrôle qui leur incombe sur la préparation des opérations électorales.

#### 1.2.1.2.2.5. L'information sur l'administration et le fonctionnement du comité d'entreprise

Les membres du comité ont un droit d'accès à l'ensemble des documents du comité, qu'il s'agisse de sa propre comptabilité, des procès-verbaux, des rapports, etc. La chambre sociale a précisé ici, que l'employeur, président du comité d'entreprise, avait le même droit d'accès aux archives et documents comptables du comité que les membres du comité d'entreprise eux-mêmes (Soc., 19 décembre 1990, *Bull.* 1990, V, n° 692, pourvoi n° 88-17.677). Ce droit s'entend d'un droit de communication et pas nécessairement du droit de s'en faire délivrer une copie.

### 1.2.2. L'obligation de motivation

Les enjeux de la motivation d'une décision sont cruciaux. Moralement la motivation est censée garantir de l'arbitraire, mais ses vertus sont aussi d'ordre rationnel, intellectuel, car motiver sa décision impose à celui qui la prend la rigueur d'un raisonnement, la pertinence de motifs dont il doit pouvoir rendre compte. Le cas échéant, la motivation donnera l'appui nécessaire pour contester de façon rationnelle la décision. C'est rappeler ainsi que la motivation, en ce qu'elle livre à autrui les raisons qui expliquent la décision, constitue également une information. Comme l'observe un auteur, « ce peut être une simple information : la motivation vise à renseigner, mais n'appelle pas la discussion. [...] Ce peut être aussi une motivation en vue d'un contrôle. Souvent, le plus souvent même, l'obligation de motiver se prolonge par la soumission à un contrôle. Et l'on rejoint ici la première observation : le droit à la motivation, s'il existe, ce n'est pas seulement le droit de savoir, c'est aussi l'amorce du droit de contester<sup>223</sup> ».

Ces enjeux de la motivation expliquent que celle-ci soit de règle dans les décisions de justice (1.2.2.1.) mais aussi que, par un mouvement qui n'est pas sans évoquer la diffusion du modèle du contradictoire hors du procès<sup>224</sup>, certains actes non juridictionnels doivent être motivés (1.2.2.2.).

223. M. Grimaldi, in *La Motivation*, travaux de l'association Henri Capitant, LGDJ, 2000, p. 2.

224. Cf. *supra*, n° 1.1.3.2. et s.

### 1.2.2.1. La motivation des décisions de justice

Seront successivement envisagées, de façon tout à fait classique, la motivation dans le procès civil (1.2.2.1.1.) et la motivation dans le procès pénal (1.2.2.1.2.).

#### 1.2.2.1.1. La motivation dans le procès civil

En matière civile, l'obligation de motivation des jugements répond à une triple finalité. Elle oblige le juge au raisonnement juridique, c'est-à-dire à la confrontation du droit et des faits. Elle constitue ensuite pour le justiciable la garantie que ses prétentions et ses moyens ont été sérieusement et équitablement examinés. En cela, elle est aussi un rempart contre l'arbitraire du juge<sup>225</sup> ou sa partialité. Elle permet enfin à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et d'expliquer sa jurisprudence. En motivant sa décision, le juge s'explique, justifie sa décision, étymologiquement la met en mouvement en direction des parties et des juridictions supérieures pour la soumettre à leur critique et à leur contrôle. Il ne s'agit donc pas d'une exigence purement formelle mais d'une règle essentielle qui permet de vérifier que le juge a fait une correcte application de la loi dans le respect des principes directeurs du procès.

En droit positif, le principe résulte de l'article 455 du code de procédure civile qui énonce, on ne peut plus simplement, que « le jugement doit être motivé ». Bien qu'issue d'un texte de nature réglementaire (comp. avec article L. 9 du code de la justice administrative, de nature législative), l'obligation de motivation a sans aucun doute une valeur supérieure puisque aussi bien, le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme en ont consacré le principe. Ainsi le Conseil a-t-il reconnu à l'exigence de motivation des jugements la valeur d'un principe fondamental<sup>226</sup> en considérant notamment, en matière d'expropriation, que cette exigence relevait du domaine de la loi. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg est plus fournie, puisque, alors que l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas expressément référence à la nécessité de motiver le jugement, la Cour a posé pour principe que l'article 6 § 1 oblige les tribunaux à motiver leurs décisions et que la motivation ne peut être totalement absente<sup>227</sup>, même si ce texte n'exige pas une réponse détaillée à chaque argument<sup>228</sup> et si l'étendue de ce devoir peut varier selon la nature de la décision et doit s'analyser à la lumière des circonstances de chaque espèce<sup>229</sup>. On signalera aussi que, pour la première chambre civile de la Cour de cassation, la reconnaissance d'une décision étrangère non motivée est contraire à la conception française de l'ordre public international de procédure, lorsque ne sont pas produits des documents de nature à servir d'équivalent à la motivation défaillante<sup>230</sup>.

225. S. Guinchard et autres, *Droit processuel – droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2007, n° 436.

226. Cons. const., décision du 3 novembre 1977, n° 77-101 L.

227. CEDH, Higgins et autres c. France, 19 février 1998, requête n° 20124/92.

228. CEDH, Van de Hurk c. Pays-Bas, 19 avril 1994, requête n° 16034/90.

229. CEDH, Ruiz Torija et Hiro Balani c. Espagne, 9 décembre 1994, requête n° 18390/91 ; CEDH, Hiro Balani c. Espagne, 9 décembre 1994, requête n° 18064/91.

230. 1<sup>re</sup> Civ., 28 novembre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 521, pourvoi n° 04-19.031 ; 1<sup>re</sup> Civ., 22 octobre 2008, *Bull.* 2008, I, n° 234, pourvoi n° 06-15.577.

Le domaine de la motivation est général. L'obligation s'applique indistinctement et, sauf exceptions, à toutes les décisions de justice. Doivent ainsi être motivés les jugements contentieux comme les décisions rendues en matière gracieuse, les jugements avant dire droit et les jugements statuant au fond, les jugements en premier ressort comme ceux rendus en dernier ressort. Aucune distinction n'est opérée selon que le jugement est contradictoire ou réputé contradictoire ou qu'il a été prononcé par défaut. La comparution des parties est sans incidence sur l'exigence de motivation et la Cour de cassation censure régulièrement, au visa de l'article 472 du code de procédure civile, les jugements qui déduisent de l'absence du défendeur un acquiescement aux prétentions du demandeur, la solution valant aussi bien en première instance<sup>231</sup> qu'en cause d'appel<sup>232</sup>.

Les exceptions légales à l'obligation de motivation sont peu nombreuses. On cite souvent le jugement d'adoption<sup>233</sup> ou certaines décisions rendues en matière de divorce, comme le jugement sans énonciation des torts et griefs à la demande des parties<sup>234</sup>. On signalera aussi les dispositions de l'article 955 du code de procédure civile, selon lesquelles lorsqu'elle confirme un jugement, la cour d'appel est réputée avoir confirmé les motifs de ce jugement qui ne sont pas contraires aux siens. Ce texte, qui renferme une présomption de motivation, permet à la Cour de cassation de s'emparer des motifs des premiers juges pour suppléer une motivation insuffisante ou défailante d'un arrêt faisant l'objet d'un pourvoi<sup>235</sup>. Il ne doit néanmoins pas être compris comme instituant une dispense de motivation, c'est-à-dire de réexamen de l'affaire, qui est le propre de l'appel.

Plus fréquentes sont les hypothèses où c'est la jurisprudence qui exonère les juges de l'obligation de motivation. La Cour de cassation juge ainsi, en matière d'ordonnance portant injonction de payer, que l'article 1409 du code de procédure civile n'impose pas au juge l'obligation de motiver sa décision<sup>236</sup>. On en comprend la raison, eu égard au nombre d'ordonnances rendues chaque année dans des délais très brefs<sup>237</sup>. Bien entendu, le jugement statuant sur opposition à une ordonnance portant injonction de payer doit, quant à lui, être motivé<sup>238</sup>. Il existe par ailleurs un nombre significatif d'objets de demandes pour lesquelles

231. 2<sup>e</sup> Civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-16.074.

232. 2<sup>e</sup> Civ., 30 avril 2003, *Bull.* 2003, II, n° 122, pourvoi n° 01-12.289 ; 1<sup>re</sup> Civ., 20 septembre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 409, pourvoi n° 05-20.001.

233. Article 353, dernier alinéa, du code civil.

234. Articles 245-1 du code civil et 1128 du code de procédure civile.

235. Voir par exemple : 2<sup>e</sup> Civ., 1<sup>er</sup> juillet 2010, pourvois n° 09-66.712 et 09-68.869 ; ou, en matière de contestation d'honoraires d'avocat, 2<sup>e</sup> Civ., 1<sup>er</sup> octobre 2009, *Bull.* 2009, II, n° 229, pourvoi n° 08-18.477.

236. 2<sup>e</sup> Civ., 16 mai 1990, *Bull.* 1990, II, n° 103, pourvoi n° 88-20.377.

237. En 2008, les juridictions civiles du premier degré (tribunaux de grande instance, tribunaux d'instance et juridictions de proximité) ont été saisies de près de 946 000 demandes en paiement (945 934). Plus des deux tiers (66,8 %) de ce contentieux de l'impayé transite par procédure rapide d'injonction de payer. Ainsi, en 2008, les tribunaux d'instance et les juridictions de proximité en ont été saisis de plus de 632 000. Ils ont rendu 615 729 ordonnances en 37 jours (source : SDSE-RGC-DACS-PEJC – Sous-direction de la statistique et des études, Répertoire général civil, Direction des affaires civiles et du sceau, Pôle d'évaluation de la justice civile).

238. 2<sup>e</sup> Civ., 22 juin 1988, *Bull.* 1988, II, n° 151, pourvoi n° 87-13.970 ; Com., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-68.115.



le juge n'est pas tenu de s'expliquer. Ce qu'il est convenu de nommer la matière discrétionnaire, selon un qualificatif que certains jugeront aujourd'hui peu approprié, concerne des décisions aussi variées que celles ordonnant des mesures d'administration judiciaire<sup>239</sup> ou relatives à l'opportunité de prononcer un sursis pour une bonne administration de la justice<sup>240</sup>, d'accorder ou refuser des délais de paiement<sup>241</sup> ou d'expulsion<sup>242</sup>, de réduire une clause pénale<sup>243</sup>, d'assortir un jugement d'une astreinte<sup>244</sup>, d'allouer une indemnité au titre de l'article 700 du code de procédure civile<sup>245</sup> ou de mettre les dépens à la charge de la partie perdante<sup>246</sup>, ces exemples ne prétendant pas à l'exhaustivité.

Motiver, c'est, pour le juge, fonder sa décision en fait et en droit. L'obligation présente d'abord un contenu quantitatif. Il appartient au juge d'analyser, même de façon sommaire, les éléments de preuve produits<sup>247</sup>. Il ne peut statuer par des considérations générales<sup>248</sup>, ni se déterminer sur la seule allégation d'une partie ou sur des pièces qu'il n'analyse pas<sup>249</sup>, même si le juge n'est pas tenu de s'expliquer spécialement sur les éléments de preuve qu'il décide d'écarter<sup>250</sup>. En se bornant à énoncer, pour rejeter un recours en annulation contre une sentence arbitrale, que c'est à bon droit qu'un tribunal arbitral a estimé que les demandes étaient arbitrables et susceptibles d'être tranchées au terme d'un procès équitable, une cour d'appel se prononce par une clause de style dépourvue de toute motivation précise<sup>251</sup>. La motivation doit porter sur chacun des chefs de demande et sur chacun des moyens invoqués au soutien des conclusions. Le défaut de réponse à conclusions, qu'il importe de ne pas confondre avec l'omission de statuer, est sanctionné au titre d'une méconnaissance des exigences de l'article 455 du code de procédure civile. Enfin, on sait que la motivation doit être intrinsèque et que la jurisprudence proscribit toute motivation par référence aux motifs d'une décision rendue dans une autre instance<sup>252</sup>, sauf naturellement lorsque cette motivation procède d'une adoption des motifs des premiers juges. La Cour de cassation ne fait ici que mettre en œuvre le principe de la prohibition des arrêts de règlement. On se plaît parfois à relever

239. 2<sup>e</sup> Civ., 8 juillet 2010, *Bull.* 2010, II, n° 141, pourvoi n° 09-14.066.

240. 2<sup>e</sup> Civ., 17 juin 2010, *Bull.* 2010, II, n° 116, pourvoi n° 09-13.583.

241. 3<sup>e</sup> Civ., 9 mars 2010, pourvoi n° 09-11.491.

242. 2<sup>e</sup> Civ., 15 octobre 2009, pourvoi n° 08-14.380.

243. 3<sup>e</sup> Civ., 8 juin 2010, pourvoi n° 09-65.502.

244. 2<sup>e</sup> Civ., 23 novembre 2006, pourvoi n° 05-16.283; 2<sup>e</sup> Civ., 15 janvier 2009, pourvoi n° 07-19.239.

245. 2<sup>e</sup> Civ., 10 octobre 2002, *Bull.* 2002, II, n° 219, pourvoi n° 00-13.832.

246. 1<sup>re</sup> Civ., 12 mai 1987, *Bull.* 1987, I, n° 146, pourvoi n° 85-11.387.

247. 3<sup>e</sup> Civ., 20 décembre 1995, *Bull.* 1995, III, n° 265, pourvoi n° 94-12.594; Com., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-68.115, précité.

248. 1<sup>re</sup> Civ., 17 février 2004, *Bull.* 2004, I, n° 50, pourvoi n° 02-10.755.

249. Soc., 1<sup>er</sup> février 1996, *Bull.* 1996, V, n° 38, pourvoi n° 94-15.354.

250. 1<sup>re</sup> Civ., 3 juin 1998, *Bull.* 1998, I, n° 196, pourvoi n° 96-15.833; Com., 9 février 2010, pourvoi n° 08-18.067.

251. 1<sup>re</sup> Civ., 11 février 2009, *Bull.* 2009, I, n° 25, pourvoi n° 06-18.746.

252. 3<sup>e</sup> Civ., 26 octobre 1983, *Bull.* 1983, III, n° 200, pourvoi n° 81-14.861; 2<sup>e</sup> Civ., 2 avril 1997, *Bull.* 1997, II, n° 102, pourvoi n° 95-17.937.

voire à regretter<sup>253</sup> que le contrôle de la Cour de cassation sur le contenu de la motivation ne s'exerce pas toujours avec la plus grande sévérité. Il est vrai que la jurisprudence a pu valider l'adoption de motifs établis d'avance sur un formulaire<sup>254</sup>. Il ne faut cependant pas donner à ces arrêts, rendus dans des domaines particuliers, une portée exagérée. Il y a sans doute plus à craindre des facilités qu'apporte l'utilisation des nouvelles technologies et la reproduction de motifs dans des litiges n'ayant entre eux qu'une apparence de similitude. On signalera enfin les arrêts par lesquels la Cour de cassation admet, en matière d'ordonnance sur requête, que le juge qui vise la requête ou qui signe l'ordonnance au pied de la requête en adopte les motifs et satisfait aux exigences de l'article 495 du code de procédure civile<sup>255</sup>.

Au plan qualitatif, la motivation implique pour le juge l'obligation d'expliquer clairement les raisons qui le conduisent à se déterminer. Il importe donc que ses motifs soient rigoureux et pertinents. La rigueur commande d'abord au juge de se prononcer par des motifs intelligibles, de se garder de formuler des hypothèses, d'émettre des doutes ou d'éviter de se contredire. Les arrêts de cassation ne sont pas rares qui censurent l'énoncé de motifs contradictoires, dubitatifs, hypothétiques, voire incompréhensibles. La motivation du jugement sera ensuite pertinente si elle est opérante, c'est-à-dire si elle est propre à justifier la réponse apportée par le juge aux moyens et prétentions des parties. Cette exigence s'impose chaque fois que la Cour de cassation exerce un contrôle de la qualification des faits mais aussi, de façon plus inattendue, lorsque l'appréciation des éléments du litige est abandonnée aux juges du fond. En effet, même dans les matières où la jurisprudence consacre l'existence d'un pouvoir souverain, la Cour de cassation s'assure que les motifs des juges sont de nature à justifier la décision prise, qu'ils sont propres à démontrer la solution retenue. Deux exemples suffiront à illustrer ce propos. Le premier concerne l'appréciation de la bonne foi, le second celle de l'intérêt à agir. Il est généralement admis que ces deux notions relèvent de l'appréciation souveraine. Il n'est pourtant pas exceptionnel que la Cour de cassation s'empare du caractère inopérant de la motivation de la décision attaquée pour censurer celle-ci, en soulignant que les motifs retenus par les juges sont impropres à caractériser l'une ou l'autre de ces notions. Ainsi, le juge de l'exécution qui, pour déclarer irrecevable pour cause de mauvaise foi une demande de traitement de leur situation de surendettement, retient que les débiteurs, qui ont souscrit, en une année, un grand nombre de crédits, sont dans l'incapacité d'expliquer les causes de leur surendettement massif et, soudain, statue par des motifs impropres à caractériser la mauvaise foi et ne donne pas de base légale à sa décision<sup>256</sup>. On trouve pareillement des décisions ayant, en matière d'intérêt à agir, relevé le caractère inopérant des motifs du jugement critiqué<sup>257</sup>.

253. J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, Dalloz, 27<sup>e</sup> éd., 2003, n° 1232; J. Héron, T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 3<sup>e</sup> éd., 2006, n° 482.

254. 2<sup>e</sup> Civ., 31 janvier 1985, *Bull.* 1985, II, n° 26, pourvoi n° 84-12.769; 2<sup>e</sup> Civ., 14 février 1990, *Bull.* 1990, II, n° 31, pourvoi n° 88-12.648.

255. 1<sup>re</sup> Civ., 24 octobre 1978, *Bull.* 1978, I, n° 317, pourvoi n° 77-11.513; 2<sup>e</sup> Civ., 6 mai 1999, *Bull.* 1999, II, n° 81, pourvoi n° 96-10.631.

256. 2<sup>e</sup> Civ., 15 janvier 2009, *Bull.* 2009, II, n° 20, pourvoi n° 07-20.067; voir aussi 2<sup>e</sup> Civ., 25 octobre 2007, pourvoi n° 06-17.905.

257. Com., 12 octobre 2004, pourvoi n° 02-12.790; Com., 4 octobre 2005, pourvoi n° 04-16.432; 3<sup>e</sup> Civ., 28 octobre 2009, pourvoi n° 08-15.168.

## L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR : LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

Selon l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 458 du code de procédure civile, ce qui est prescrit à l'article 455, en particulier l'obligation de motiver le jugement, doit être observé à peine de nullité. Né de la décision attaquée, le vice de motivation n'est jamais un grief nouveau devant la Cour de cassation. Le défaut de motif ou l'insuffisance des motifs se différencient du défaut de base légale, qui sanctionne un vice de fond, à savoir une motivation qui ne met pas la Cour en mesure d'exercer son contrôle sur les conditions de fond d'application de la loi<sup>258</sup>. Le vice de motivation est pour sa part un vice de forme du jugement. C'est pourquoi le contrôle de la Cour de cassation présente en ce domaine un caractère essentiellement disciplinaire. Dépourvue d'intérêt normatif et laissant incertaine la solution du litige, la censure de la Cour de cassation sur ce fondement n'est à l'évidence pas la plus recherchée des plaideurs et de leurs avocats.

En cas de vice de la motivation, la cassation intervient généralement au double visa des articles 455 et 458 du code de procédure civile, le premier de ces textes énonçant la règle violée et le second la sanction légale de la nullité. L'expression utilisée dans le conclusif des arrêts de cassation n'est pas : « la cour d'appel a violé les textes susvisés », mais : « la cour d'appel a méconnu les exigences des textes susvisés », ou : « la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences des textes susvisés ». Cette formulation peut être rapprochée de celle habituellement utilisée par la Cour de cassation lorsqu'elle constate une méconnaissance des exigences du procès impartial et équitable dont procède l'obligation de motivation. La motivation partielle et inintelligible d'un jugement a d'ailleurs été censurée au seul visa de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, pris sous ces deux aspects<sup>259</sup>. L'imbrication des sources de l'obligation de motivation se manifeste encore dans plusieurs arrêts récents qui ont cassé, aux vises de l'article 6 de la Convention et des articles 455 et 458 du code de procédure civile, des arrêts d'une cour d'appel qui se bornaient à reproduire, sur tous les points en litige, les conclusions d'appel de la partie à laquelle elle donnait satisfaction, statuant ainsi par une apparence de motivation pouvant faire peser un doute légitime sur l'impartialité de la juridiction<sup>260</sup>.

### **1.2.2.1.2. La motivation dans le procès pénal**

Le rappel des règles générales (1.2.2.1.2.1.) précèdera l'examen du cas particulier des arrêts de cours d'assises (1.2.2.1.2.2.).

#### **1.2.2.1.2.1. Règles générales**

Les jugements et arrêts des juridictions répressives doivent contenir des motifs. Cette règle est énoncée clairement par l'article 485, alinéa 1, du code de procédure pénale, aux termes duquel « tout jugement doit contenir des motifs et un dispositif », les premiers constituant la « base de la décision ». Elle est à l'origine d'un cas d'ouverture à cassation, l'article 593

258. Par exemple : pour des motifs impropres à caractériser un vice rédhibitoire, Ass. plén., 27 octobre 2006, *Bull.* 2006, Ass. plén. n° 13, pourvoi n° 05-18.977.

259. 2<sup>e</sup> Civ., 14 septembre 2006, *Bull.* 2006, II, n° 222, pourvoi n° 04-20.524.

260. 3<sup>e</sup> Civ., 18 novembre 2009, *Bull.* 2009, III, n° 253, pourvoi n° 08-18.029 ; Com., 23 mars 2010, *Bull.* 2010, IV, n° 61, pourvoi n° 09-11.508.

du code de procédure pénale disposant que « les arrêts et jugements en dernier ressort sont déclarés nuls s'ils ne contiennent pas des motifs ou si leurs motifs sont insuffisants et ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de reconnaître si la loi a été respectée dans le dispositif » et qu'« il en est de même lorsqu'il a été omis ou refusé de prononcer soit sur une ou plusieurs demandes des parties, soit sur une ou plusieurs réquisitions du ministère public ». Au visa de ce texte, la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui contrôle l'existence et la qualité de la motivation des décisions des juridictions répressives, censure celles qui souffrent d'une insuffisance ou d'une contradiction de motifs.

Comme l'a exprimé le Conseil consultatif de juges européens (CCJE) dans son avis n° 11 rendu en 2008 à l'attention du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la qualité des décisions de justice, « la motivation permet non seulement une meilleure compréhension et acceptation de la décision par le justiciable mais elle est surtout une garantie contre l'arbitraire. D'une part, elle oblige le juge à rencontrer les moyens de défense des parties et à préciser les éléments qui justifient sa décision et rendent celle-ci conforme à la loi et, d'autre part, elle permet une compréhension du fonctionnement de la justice par la société ». La motivation des décisions des juridictions répressives permet au prévenu de savoir pour quelles raisons il a été condamné ou à la personne mise en examen de connaître les raisons de son placement en détention provisoire. Elle permet également d'apprécier l'opportunité d'exercer un recours contre une décision (CEDH, 24 juillet 2007, *Baucher c. France*, requête n° 53640/00). Le droit de savoir compris comme le droit de connaître le raisonnement ayant conduit au prononcé d'une décision pénale s'adresse tant au mis en cause qu'à la partie civile, au ministère public ou à la société dans son ensemble, la justice étant rendue au nom du peuple français.

L'obligation pour le juge de motiver sa décision a un domaine extrêmement large. Elle s'applique tant aux jugements et arrêts rendus par les juridictions de jugement – qu'il s'agisse des juridictions de proximité, des tribunaux de police, des tribunaux correctionnels ou des chambres correctionnelles des cours d'appel – qu'aux décisions des juridictions de l'application des peines ou aux arrêts des chambres de l'instruction. Elle s'impose aussi bien aux décisions sur l'action publique qu'aux décisions sur l'action civile et concerne non seulement les jugements sur le fond mais également les décisions statuant sur des incidents. Ainsi, le refus d'ordonner l'audition contradictoire d'un témoin régulièrement cité doit être motivé (Crim., 4 juin 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 184, pourvoi n° 97-82.618; Crim., 27 juin 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 164, pourvoi n° 00-87.414).

Certaines décisions font toutefois l'objet d'une dispense de motivation. Tel est le cas, en particulier, des mesures d'administration judiciaire comme la jonction au fond des incidents prévue par l'article 459 du code de procédure pénale, qui, étant une mesure d'administration judiciaire, n'a pas à être motivée et n'est susceptible d'aucun recours (Crim., 19 septembre 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 214, pourvoi n° 06-84.763). Il convient également de noter que, pour la chambre criminelle de la Cour de cassation, hormis les cas expressément prévus par la loi, tels l'emprisonnement ferme (article 132-19 du code pénal) ou l'interdiction du territoire français (article 131-30-1 du code pénal), les juges ne sont pas tenus de motiver spécialement le choix de la sanction qu'ils appliquent dans les limites légales (cf. notamment

L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

Crim., 15 décembre 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 322, pourvoi n° 04-81.684; Crim., 31 janvier 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 26, pourvoi n° 06-85.070).

La doctrine distingue deux types de motivation des décisions pénales<sup>261</sup> : une motivation générale (1.2.2.1.2.1.1.) et une motivation spéciale (1.2.2.1.2.1.2.).

1.2.2.1.2.1.1. La motivation générale

En dehors de rares hypothèses de dispense de motivation déjà évoquées, la chambre criminelle rappelle avec constance que « tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision et répondre aux chefs péremptoires des conclusions des parties ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence<sup>262</sup> ». La motivation doit être exempte d'insuffisance comme de contradiction et caractériser notamment en tous ses éléments constitutifs, tant matériel qu'intentionnel, l'infraction dont le prévenu est déclaré coupable. Ainsi, un prévenu ne peut être condamné pour l'infraction d'agression sexuelle que si la décision précise en quoi les atteintes sexuelles ont été commises avec violence, contrainte, menace ou surprise (Crim., 14 avril 1999, *Bull. crim.* 1999, n° 83, pourvoi n° 98-85.212; Crim., 14 novembre 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 239, pourvoi n° 01-80.865). La chambre criminelle veille à ce que les décisions comportent une motivation réelle. Tel n'est pas le cas d'un jugement qui se borne à énoncer qu'« il résulte des débats de l'audience et des pièces versées à la procédure que le prévenu a bien commis les faits qui lui sont reprochés » (pour une application récente : Crim., 28 septembre 2010, pourvoi n° 10-81.493) ou qui énonce que « les faits sont suffisamment établis » (Crim., 10 novembre 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 282, pourvoi n° 04-83.541). Tel n'est pas non plus le cas de décisions rédigées sur un imprimé portant des mentions préimprimées ne comportant notamment aucune référence à l'établissement du procès-verbal de constatation ou aux circonstances de l'infraction réprimée (Crim., 26 novembre 1990, *Bull. crim.* 1990, n° 404, pourvoi n° 90-81.974; Crim., 9 décembre 1992, *Bull. crim.* 1992, n° 415, pourvoi n° 92-80.721). Enfin, tel n'est pas le cas d'un arrêt de la chambre de l'instruction qui, donnant un avis favorable à une demande d'extradition, se borne à se référer aux motifs de l'arrêt ayant statué sur une précédente demande d'extradition présentée par le même État à l'égard de la même personne (Crim., 18 juin 2003, *Bull. crim.* 2003, n° 128, pourvoi n° 03-82.131).

L'exigence de motivation des décisions pénales implique, en outre, l'obligation de répondre aux réquisitions écrites ou aux conclusions régulièrement déposées ainsi qu'aux réquisitions et conclusions orales relevées dans les notes d'audience (articles 458 et 459 du code de procédure pénale), étant observé que les juges ne sont tenus de répondre qu'aux chefs péremptoires des écritures dont ils sont saisis et qu'ils ne sont pas tenus de répondre à une argumentation dénuée de portée ni d'entrer dans le détail des explications fournies.

261. Cf. notamment C. Sévely-Fournié, « Répression et motivation – Réflexions sur la motivation des arrêts et jugements des juridictions répressives », in *Rev. sc. crim.* 2009, p. 783 et s.; L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, 2010, n° 198.

262. Pour une application récente : Crim., 14 décembre 2010, pourvoi n° 10-85.879.

1.2.2.1.2.1.2. La motivation spéciale

Certaines décisions ne peuvent être motivées qu'au regard de critères énoncés par la loi. La doctrine parle alors de motivation spéciale. Selon un auteur, l'exigence d'une motivation spéciale traduit la prise d'une décision dérogatoire, manifestant tantôt une plus grande sévérité comme lors du prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme, ou, au contraire, une certaine indulgence à l'égard du prévenu, tel le prononcé d'une peine inférieure à la peine plancher encourue<sup>263</sup>. Dans tous les cas, l'obligation d'une motivation spéciale renforce le droit de savoir des parties et du ministère public, dès lors qu'elle impose aux juges de détailler les raisons qui fondent leur décision en se référant aux circonstances prévues par le législateur. Sans prétendre à l'exhaustivité, quelques exemples de motivations spéciales seront donnés dans les développements qui suivent.

1.2.2.1.2.1.2.1. Motivation spéciale de la détention provisoire

Plusieurs dispositions imposent une motivation spéciale en matière de détention provisoire. Ainsi, l'article 137-3 du code de procédure pénale impose aux juridictions qui ordonnent ou prolongent une détention provisoire ou rejettent une demande de mise en liberté de rendre une décision comportant l'énoncé des considérations de droit et de fait sur le caractère insuffisant des obligations du contrôle judiciaire et le motif de la détention par référence aux seules dispositions des articles 143-1 et 144 du code de procédure pénale. Au visa de l'article 144 du code de procédure pénale, la chambre criminelle censure les arrêts de chambres de l'instruction ordonnant ou prolongeant une détention provisoire ou rejetant une demande de mise en liberté qui omettent de préciser expressément que le ou les objectifs poursuivis par le placement en détention ne pouvaient être atteints par un placement sous contrôle judiciaire (cf. notamment Crim., 26 février 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 50, pourvoi n° 07-88.336 et Crim., 18 juin 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 157, pourvoi n° 08-82.856). Depuis l'entrée en vigueur de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, elle censure également de telles décisions lorsqu'elles omettent de s'expliquer, par des considérations de droit et de fait, sur le caractère insuffisant de l'assignation à résidence avec surveillance électronique (Crim., 18 août 2010, deux arrêts, *Bull. crim.* 2010, n° 123, pourvoi n° 10-83.870 et n° 124, pourvoi n° 10-83.819). L'article 145-3 du code de procédure pénale dispose que lorsque la durée de la détention provisoire excède un an en matière criminelle ou huit mois en matière délictuelle, les décisions ordonnant sa prolongation ou rejetant les demandes de mise en liberté doivent aussi comporter les indications particulières qui justifient en l'espèce la poursuite de l'information et le délai prévisible d'achèvement de la procédure. La chambre criminelle censure les décisions qui ne comportent pas ces indications (cf. notamment Crim., 12 février 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 36, pourvoi n° 07-87.970).

1.2.2.1.2.1.2.2. Motivation spéciale du contrôle judiciaire

Le contrôle judiciaire, qui constitue une mesure restrictive de droits imposée à une personne présumée innocente, ne peut être ordonné, aux termes de l'article 137 du code

263. Cf. C. Sévely-Fournié, « Répression et motivation – Réflexions sur la motivation des arrêts et jugements des juridictions répressives », in *Rev. sc. crim.* 2009, p. 783 et s.

de procédure pénale qu'« en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté ». La chambre criminelle censure les décisions de chambres de l'instruction ordonnant le placement sous contrôle judiciaire d'une personne mise en examen, sans s'expliquer sur les circonstances justifiant cette mesure (Crim., 13 février 2007, pourvoi n° 06-88.559). En outre, certaines obligations du contrôle judiciaire ne peuvent être ordonnées qu'au terme d'une motivation spéciale. À titre d'exemple, le montant du cautionnement ne peut être fixé qu'après une motivation sur les ressources et les charges du mis en examen (article 138 11° du code de procédure pénale; Crim., 4 novembre 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 221, pourvoi n° 08-85.724). De même, une interdiction de se livrer à certaines activités de nature professionnelle ou sociale ne peut être ordonnée que par une décision qui constate non seulement le lien entre l'activité professionnelle de la personne et l'infraction commise, mais également l'existence d'un risque de commission d'une nouvelle infraction (article 138 12° du code de procédure pénale; Crim., 6 novembre 2007, pourvoi n° 07-86.252).

*1.2.2.1.2.1.2.3. Motivation spéciale de certaines décisions relatives au déroulement de la procédure*

Certains textes imposent une motivation spécifique de certaines décisions procédurales. Ainsi, il résulte de l'article 400, alinéa 2, du code de procédure pénale qu'une juridiction de jugement ne peut ordonner que les débats auront lieu à huis clos qu'après avoir constaté que la publicité est dangereuse pour l'ordre, la sérénité des débats, la dignité de la personne ou les intérêts d'un tiers. Protégeant le principe de la publicité des débats, la chambre criminelle censure les décisions de huis clos qui ne sont pas motivées en fonction de ces critères (cf. notamment Crim., 9 novembre 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 292, pourvoi n° 04-87.471 et Crim., 17 septembre 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 193, pourvoi n° 07-87.967).

*1.2.2.1.2.1.2.4. Motivation spéciale de l'emprisonnement ferme*

Hors le cas de la récidive, l'article 132-19, alinéa 2, du code pénal impose, en matière correctionnelle, aux juridictions du fond de ne prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis qu'après avoir spécialement motivé le choix de cette peine (Crim., 7 décembre 1995, *Bull. crim.* 1995, n° 374, pourvoi n° 95-80.021; Crim., 18 septembre 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 324, pourvoi n° 95-83.678). L'article 132-24, alinéa 3, du code pénal, issu de la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, précise désormais qu'en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1 du code pénal, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée « qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate; dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28 ». La chambre criminelle exerce un véritable contrôle de la motivation de l'emprisonnement ferme. Deux exemples récents méritent à cet égard d'être cités. Par un arrêt du 24 janvier 2007, elle a censuré un arrêt de cour d'appel qui avait motivé l'aggravation d'une peine prononcée par les premiers juges en énonçant que « la gravité des faits est renforcée par l'attitude du prévenu qui a choisi d'imposer aux victimes un second procès non pour discuter de l'ampleur de la sanction mais du principe de sa culpabilité, qu'il sait pourtant indiscutable, et au-delà par le choix de son mode de défense », l'exercice du droit d'appel ne

pouvant pas constituer un motif d'aggravation de la peine (Crim., 24 janvier 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 17, pourvoi n° 06-84.330). Par un arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2008, elle a également censuré un arrêt qui avait prononcé une peine d'emprisonnement sans sursis en se fondant sur le fait que le prévenu ne reconnaissait pas sa culpabilité, alors que tout prévenu a le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (Crim., 1<sup>er</sup> octobre 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 201, pourvoi n° 08-81.338).

*1.2.2.1.2.1.2.5. Motivation spéciale en cas de récidive légale pour écarter l'application des peines planchers*

En instaurant le principe des peines planchers, le législateur a imposé aux juges souhaitant déroger à leur application de motiver leur décision en fonction de critères définis par la loi. Lorsqu'un prévenu est condamné pour des faits commis en état de récidive légale, la juridiction correctionnelle ne peut écarter l'application des peines planchers prévues par l'article 132-19-1 du code pénal que par une décision spécialement motivée « en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci ». Lorsqu'un délit de violences volontaires, un délit commis avec la circonstance aggravante de violences, un délit d'agression ou d'atteinte sexuelle ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement est commis une nouvelle fois en état de récidive légale, la juridiction ne peut prononcer une peine inférieure aux seuils fixés par le législateur que par une décision spécialement motivée par le fait que « le prévenu présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion ». La chambre criminelle contrôle la motivation des décisions qui écartent l'application des peines planchers et vérifie que les juges ont pris en considération les éléments prévus par l'article 131-19-1 du code pénal (Crim., 16 décembre 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 254, pourvoi n° 08-85.671; Crim., 20 janvier 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 20, pourvoi n° 08-85.669).

**1.2.2.1.2.2. Le cas des arrêts de cours d'assises**

Les arrêts rendus sur l'action publique par les cours d'assises françaises, qui ne comprennent que les réponses par un « oui » ou par un « non » que les magistrats et les jurés ont donné aux questions sur la culpabilité, se distinguent des décisions rendues par les autres juridictions pénales en ce qu'ils ne comportent pas d'exposé des principales raisons pour lesquelles une décision de condamnation ou d'acquiescement a été prise. Cette particularité des arrêts de cours d'assises prononçant sur l'action publique résulte des textes en vigueur. Au droit pour l'accusé, la partie civile ou le ministère public de connaître les raisons d'une décision d'une cour d'assises s'opposent notamment les dispositions des articles 353 et 357 du code de procédure pénale, qui prévoient respectivement que « la loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus » et que magistrats et jurés délibèrent à bulletins secrets. Pour la chambre criminelle de la Cour de cassation, il résulte en effet de ces textes que les arrêts de condamnation prononcés par les cours d'assises ne peuvent comporter d'autres énonciations relatives à la culpabilité que celles qui, tenant lieu de motivation, sont constituées par l'ensemble des réponses données par les magistrats et les jurés aux questions posées conformément à l'arrêt de renvoi. La Haute juridiction a ainsi censuré, dans le seul intérêt de la loi, sur un pourvoi formé par le procureur général près la Cour de cassation sur le fondement de l'article 621 du code de procédure pénale, l'arrêt



L'INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT D'OBTENIR D'AUTRUI UNE INFORMATION

d'une cour d'assises comportant des énonciations relatant les circonstances dans lesquelles une personne condamnée pour violences mortelles aggravées avait porté un coup de couteau à la victime et évoquant des éléments de sa personnalité (Crim., 15 décembre 1999, *Bull. crim.* 1999, n° 308, pourvoi n° 99-84.099; cf. également Crim., 15 décembre 1999, *Bull. crim.* 1999, n° 307, pourvoi n° 99-83.910).

La question s'est posée de savoir si une telle solution était compatible avec les exigences du procès équitable. Dans un premier temps, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que « l'exigence de motivation d'une décision au sens de l'article 6 doit s'accommoder des particularités de la procédure, notamment devant les cours d'assises où les jurés ne doivent pas motiver leur intime conviction<sup>264</sup> ». Dans l'affaire Papon c. France<sup>265</sup>, elle a relevé que « dans son arrêt de condamnation, la cour d'assises s'est référée aux réponses que le jury avait faites à chacune des 768 questions de son président, ainsi qu'à la description des faits déclarés établis et aux articles du code pénal dont il avait été fait application » et que « si le jury n'a pu répondre que par "oui" ou par "non" à chacune des questions posées par le président, ces questions formaient une trame sur laquelle s'est fondée sa décision ». Elle a ajouté que « la précision de ces questions permet[tait] de compenser adéquatement l'absence de motivation des réponses du jury ». La Cour de Strasbourg a toutefois adopté une solution différente par un arrêt Taxquet c. Belgique du 13 janvier 2009 (requête n° 926/05). Par cet arrêt, elle a estimé que les « réponses laconiques à des questions formulées de manière vague et générale ont pu donner au requérant l'impression d'une justice arbitraire et peu transparente. Sans au moins un résumé des principales raisons pour lesquelles la cour d'assises s'est déclarée convaincue de la culpabilité du requérant, celui-ci n'était pas à même de comprendre – et donc d'accepter – la décision de la juridiction. [...] Dans ces conditions, la Cour de cassation n'a pas été en mesure d'exercer efficacement son contrôle et de déceler, par exemple, une insuffisance ou une contradiction des motifs ». La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi conclu à la violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. À la suite de cet arrêt, le moyen pris de la violation des articles 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et 593 du code de procédure pénale a été présenté à de nombreuses reprises devant la chambre criminelle de la Cour de cassation. Par un arrêt du 14 octobre 2009<sup>266</sup>, rendu en plénière de chambre, la chambre criminelle a rejeté ce moyen par les motifs suivants : « attendu que sont reprises dans l'arrêt de condamnation les réponses qu'en leur intime conviction, magistrats et jurés composant la cour d'assises d'appel, statuant dans la continuité des débats, à vote secret et à la majorité qualifiée des deux tiers, ont donné aux questions sur la culpabilité, les unes, principales, posées conformément au dispositif de la décision de renvoi, les autres, subsidiaires, soumises à la discussion des parties; attendu qu'en cet

264. Cf., notamment, CEDH, 15 novembre 2001, Papon c. France, requête n° 54210/00, publiée sous forme d'extraits dans le *Recueil CEDH* 2001-XII et dans la *Note d'information* n° 36 sur la jurisprudence de la Cour, novembre 2001, p. 21; cf. également CEDH, 13 janvier 2009, Taxquet c. Belgique, requête n° 926/05, point n° 41.

265. CEDH, 15 novembre 2001, Papon c. France, précité, cf. *Note d'information* n° 36 sur la jurisprudence de la Cour, novembre 2001, p. 21.

266. Crim., 14 octobre 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 170, pourvoi n° 08-86.480.

état, et dès lors qu'ont été assurés l'information préalable sur les charges fondant la mise en accusation, le libre exercice des droits de la défense ainsi que le caractère public et contradictoire des débats, l'arrêt satisfait aux exigences légales et conventionnelles invoquées ». Cet arrêt s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure même si sa formulation est un peu différente. Antérieurement, la Haute juridiction avait rejeté le moyen tiré de l'exigence d'un procès équitable, en répondant que « l'ensemble des réponses, reprises dans l'arrêt de condamnation, qu'en leur intime conviction, magistrats et jurés ont donné aux questions posées conformément à l'arrêt de renvoi, tient lieu de motifs aux arrêts de la cour d'assises statuant sur l'action publique » et « que sont ainsi satisfaites les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sur l'exigence d'un procès équitable, dès lors que sont assurés l'information préalable des charges fondant l'accusation, le libre exercice des droits de la défense et la garantie de l'impartialité des juges » (Crim., 30 avril 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 181, pourvoi n° 95-85.638; cf. également, Crim., 12 mars 2008, pourvoi n° 07-83.965). Par l'arrêt du 14 octobre 2009, la chambre criminelle n'a pas affirmé que les réponses que les magistrats et les jurés ont données aux questions posées conformément à l'arrêt de renvoi tiennent lieu de motifs. Elle a examiné les particularités de la procédure suivie devant la cour d'assises et a conclu que celle-ci était, dans son ensemble, conforme aux exigences du procès équitable. Pour elle, le droit de savoir de l'accusé ou de la partie civile conçu comme le droit de connaître les raisons pour lesquelles une décision sur l'action publique a été prise peut s'exercer par la lecture de la décision de renvoi devant la cour d'assises qui est motivée et par la participation aux débats publics et contradictoires<sup>267</sup>.

---

267. L'affaire *Taxquet c. Belgique* ayant été renvoyée à la grande chambre de la CEDH, celle-ci a rendu le 16 novembre 2010, soit postérieurement à l'arrêt de la chambre criminelle du 14 octobre 2009, un arrêt aux termes duquel (points 90 et 92) : « [...] la Convention ne requiert pas que les jurés donnent les raisons de leur décision et [...] l'article 6 ne s'oppose pas à ce qu'un accusé soit jugé par un jury populaire même dans le cas où son verdict n'est pas motivé. Il n'en demeure pas moins que pour que les exigences d'un procès équitable soient respectées, le public et, au premier chef, l'accusé doit être à même de comprendre le verdict qui a été rendu. C'est là une garantie essentielle contre l'arbitraire. Or, comme la Cour l'a déjà souvent souligné, la prééminence du droit et la lutte contre l'arbitraire sont des principes qui sous-tendent la Convention [...]. Dans le domaine de la justice, ces principes servent à asseoir la confiance de l'opinion publique dans une justice objective et transparente, l'un des fondements de toute société démocratique [...]. Devant les cours d'assises avec participation d'un jury populaire, il faut s'accommoder des particularités de la procédure où, le plus souvent, les jurés ne sont pas tenus de – ou ne peuvent pas – motiver leur conviction [...]. Dans ce cas également, l'article 6 exige de rechercher si l'accusé a pu bénéficier des garanties suffisantes de nature à écarter tout risque d'arbitraire et à lui permettre de comprendre les raisons de sa condamnation [...]. Ces garanties procédurales peuvent consister par exemple en des instructions ou éclaircissements donnés par le président de la cour d'assises aux jurés quant aux problèmes juridiques posés ou aux éléments de preuve produits [...], et en des questions précises, non équivoques soumises au jury par ce magistrat, de nature à former une trame apte à servir de fondement au verdict ou à compenser adéquatement l'absence de motivation des réponses du jury (voir *Papon c. France*, précité). Enfin, doit être prise en compte, lorsqu'elle existe, la possibilité pour l'accusé d'exercer des voies de recours ».

### 1.2.2.2. La motivation non juridictionnelle

En droit des contrats civils et commerciaux, la motivation n'occupe qu'une place minimale. La doctrine s'interroge sur l'existence ou non d'une obligation de motiver la rupture des contrats de longue durée<sup>268</sup>, mais le droit commun des contrats n'offre qu'une faible place de la motivation. Le contrat de bail s'ouvre toutefois à la motivation, sous l'effet de dispositions spéciales<sup>269</sup>. En revanche, le droit du travail accueille assez largement l'obligation de motivation (1.2.2.2.1.), à l'instar des décisions des organismes de sécurité sociale (1.2.2.2.2.).

#### 1.2.2.2.1. La motivation en droit du travail

La motivation en droit du travail n'apparaît pas évidente à mettre en œuvre dans le cadre d'une relation contractuelle qui reste régie par la volonté des parties, même si cette volonté est fortement guidée par le législateur. Comme le contrat de travail est soumis à un régime particulier, l'obligation de motivation trouve son origine dans la loi et a été complétée par la jurisprudence. L'étymologie du terme « motivation » renvoie à l'idée de mouvement (ainsi soit dans le domaine musical avec l'italien *motivo* ou, en bas latin, *motivus* de *movere* signifiant « mouvoir »). La lettre de licenciement (1.2.2.2.1.1.) ou la volonté de l'employeur de sanctionner un salarié (1.2.2.2.1.2.) s'inscrivant dans une démarche procédurale, l'obligation de motivation s'est imposée dans ces deux domaines.

##### 1.2.2.2.1.1. La motivation du licenciement

L'article L. 1232-6 du code du travail dispose que la lettre de licenciement doit énoncer les causes de ce mode de rupture du contrat. Cette condition est remplie lorsque cette lettre ne comporte pas les griefs allégués par l'employeur mais que ceux-ci sont listés dans un document annexé à cette lettre. Cette obligation vaut pour tous les licenciements personnels, disciplinaires ou non, mais aussi pour les licenciements pour motif économique (articles L. 1233-16 et L. 1233-42 du même code). Les articles L. 1232-1 et L. 1233-2 du code du travail, dans leurs rédactions issues de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, renforcent cette obligation de motivation.

L'employeur n'étant pas un professionnel du droit, il ne peut lui être demandé une motivation juridique complète ou adéquate, toutefois il lui incombe d'énoncer des griefs précis, objectifs et matériellement vérifiables (en ce sens, Soc., 23 mai 2000, *Bull.* 2000, V, n° 195, pourvoi n° 98-40.634). Cette obligation revêt une importance particulière du fait, d'une part, que le juge doit contrôler ces motifs, au besoin d'office tout en respectant le principe de la contradiction, dès lors que le moyen tiré du défaut de motivation de la lettre de licenciement est nécessairement dans le débat, (Soc., 6 juillet 1999, *Bull.* 1999, V, n° 328, pourvoi n° 97-41.547 et Soc., 12 juillet 2010, *Bull.* 2010, V, n° 169, pourvois n° 08-40.740 à 08-40.750 et 08-40.752 à 08-40.821) et, d'autre part, que la lettre de licenciement fixe les limites du

268. Cf. ainsi M. Fabre-Magnan, *Les Obligations*, PUF, 2004, n° 195 ; du même auteur, « L'obligation de motivation dans les contrats », in *Études J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301 ; adde X. Lagarde, « La motivation des actes juridiques », in *La Motivation*, travaux de l'Association Capitant, LGDJ, 2000, p. 73.

269. Cf. *supra* n° 1.1.1.1.1.2.

litige (voir notamment Soc., 5 juin 2001 *Bull.* 2001, V, n° 210, pourvoi n° 99-42.302). Il en résulte que l'employeur ne peut invoquer d'autres motifs que ceux visés dans la lettre de licenciement (Soc., 14 octobre 1993, *Bull.* 1993, V, n° 235, pourvoi n° 92-42.227), mais il a toujours la possibilité de les préciser ultérieurement (Soc., 23 mai 2000, *Bull.* 2000, V, n° 194, pourvoi n° 98-42.064). La jurisprudence a donné de multiples exemples de motifs précis ou non en retenant notamment que la référence à l'insuffisance professionnelle (Soc., 23 mai 2000, précité), ou encore à l'insuffisance de résultats (Soc., 13 décembre 1994, *Bull.* 1994, V, n° 339, pourvoi n° 93-43.945), répondait à l'exigence légale.

L'obligation de motivation ne s'oppose pas à ce que l'employeur puisse se prévaloir d'une pluralité de motifs différents de rupture inhérents à la personne du salarié dès lors qu'ils procèdent de faits distincts et à condition de respecter les règles de procédure applicables à chaque cause de licenciement (Soc., 23 septembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 242, pourvoi n° 01-41.478).

Lorsque le juge procède à une requalification de la rupture du contrat, l'obligation de motivation réapparaît. Il en est ainsi lorsque la mise à la retraite est qualifiée de licenciement (Soc., 6 décembre 1995, *Bull.* 1995, V, n° 331, pourvoi n° 92-40.389) ou en cas de requalification de contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée (cf. Soc., 9 juillet 2008, *Bull.* 2008, V, n° 153, pourvoi n° 06-46.379, qui précise que le juge doit rechercher si la lettre de rupture des relations contractuelles vaut lettre de licenciement et si les motifs de rupture énoncés constituent des griefs matériellement vérifiables permettant de décider si le licenciement a une cause réelle et sérieuse).

Toutefois, la qualification donnée au licenciement dans la lettre adressée au salarié s'impose à l'employeur (Soc., 21 mars 2007, *Bull.* 2007, V, n° 53, pourvoi n° 05-45.060 : dans cette espèce, le juge ne pouvait retenir un licenciement pour motif personnel alors que l'employeur visait un licenciement pour motif économique). En cas d'absence de motifs ou d'imprécision de la lettre de licenciement, ce qui équivaut à une telle absence (Soc., 17 janvier 2006, *Bull.* 2006, V, n° 16, pourvoi n° 04-40.740), le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Enfin, il faut relever une exception à l'obligation de motivation résultant de la seule application des articles L. 423-1 et L. 423-24 du code de l'action sociale et des familles, pour le licenciement des assistantes maternelles (Soc., 8 avril 2009, *Bull.* 2009, V, n° 112, pourvoi n° 07-43.868).

Par ailleurs, le licenciement pour motif économique présente quelques spécificités :

– la lettre de licenciement est suffisamment motivée quand elle comporte le visa de l'ordonnance du juge-commissaire autorisant les licenciements économiques (Ass. plén., 24 janvier 2003, *Bull.* 2003, Ass. plén. n° 1, pourvoi n° 00-41.741 et Soc., 2 mars 2004, *Bull.* 2004, V, n° 66, pourvois n° 02-41.931, 02-41.933, 02-41.934, 02-41.935 et 02-42.079 à 02-42.082). La jurisprudence est dans le même sens lorsque le licenciement est à l'initiative du mandataire judiciaire liquidateur (Soc., 25 mai 2004, *Bull.* 2004, V, n° 137, pourvois n° 03-42.063 et 03-60.287 à 03-60.290 : dans cette espèce, le défaut de mention de l'autorisation administrative de licenciement étant sans incidence). Il a été ajouté, sur ce dernier point (Soc., 5 avril 2005, *Bull.* 2005, V, n° 120, pourvoi n° 02-47.518), que l'obtention de l'autorisation

administrative de licenciement pour motif économique d'un salarié protégé ne dispense pas l'employeur de lui adresser une lettre de licenciement motivée soit par la mention de l'autorisation administrative, soit par celle du motif économique, à défaut le licenciement étant dépourvu de cause réelle et sérieuse ;

– la lettre doit préciser la nature de la difficulté économique et les conséquences sur l'emploi (Soc., 28 mars 2000, *Bull.* 2000, V, n° 130, pourvois n° 98-40.216 à 98-40.226, 98-40.248, 98-40.249, 98-40.477, 98-43.693, 98-45.104, 99-41.224 à 99-41.236, 99-41.484 à 99-41.486 et 99-42.777), par référence notamment à la définition proposée à l'article L. 1233-3 du code du travail. Ainsi un arrêt (Soc., 21 décembre 2006, pourvoi n° 05-43.886) indique que la lettre de licenciement qui fait état d'une suppression d'emploi consécutive à une réorganisation de l'entreprise, dont il appartient au juge de vérifier qu'elle est destinée à la sauvegarde de la compétitivité de cette entreprise, est suffisamment motivée ;

– le salarié à qui est proposée une convention de conversion et dont le licenciement économique a été décidé doit recevoir une lettre motivée (Soc., 27 octobre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 457, pourvoi n° 96-42.921) ; il en va de même s'il est en congé de conversion (Soc., 5 février 2002, *Bull.* 2002, V, n° 51, pourvoi n° 99-44.558), la référence à la lettre lui proposant ce congé étant insuffisante ;

– le raisonnement est différent quand le salarié adhère à une convention d'allocations spéciales du fonds national de l'emploi (FNE), puisqu'il ne peut contester, sauf fraude de l'employeur, ni la régularité ni le bien-fondé du licenciement (Soc., 24 septembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 276, pourvoi n° 00-42.636).

Pour finir, il convient de relever que l'obligation de motivation ne pèse que sur l'employeur et non sur le salarié qui n'a ni à préciser les raisons de sa démission (Soc., 22 juin 1994, *Bull.* 1994, V, n° 204, pourvoi n° 90-42.143), ni à énoncer tous les griefs qu'il reproche à son employeur dans une lettre valant prise d'acte de rupture (Soc., 5 juillet 2006, *Bull.* 2006, V, n° 236, pourvoi n° 04-40.134).

#### 1.2.2.2.1.2. La motivation de la sanction disciplinaire

L'article L. 1332-2 du code du travail dispose que l'employeur qui envisage de prendre une sanction contre un salarié doit le convoquer. Au cours de l'entretien subséquent, le motif de la sanction envisagée doit être porté à la connaissance de l'intéressé. Si la sanction est prononcée, elle doit être notifiée et motivée.

Il en résulte que les deux motivations consécutives sont nécessaires et que l'employeur ne peut se borner, lors de la notification, à faire référence à l'entretien préalable (Soc., 17 janvier 1995, *Bull.* 1995, V, n° 25, pourvoi n° 91-43.815), même si lors de cet entretien le ou les motifs de la sanction envisagée ont été formulés (Soc., 23 janvier 1997, *Bull.* 1997, V, n° 32, pourvoi n° 95-40.526 et Soc., 4 juin 2008, *Bull.* 2008, V, n° 121, pourvoi n° 07-40.126).

L'entretien préalable n'est pas obligatoire en cas d'avertissement (Soc., 19 janvier 1989, *Bull.* 1989, V, n° 50, pourvoi n° 86-40.615), mais dès lors que l'employeur a choisi de convoquer le salarié selon les modalités légales ci-avant rappelées, il est tenu d'en respecter tous les termes, peu important la sanction définitivement prononcée (Soc., 16 avril 2008, *Bull.* 2008, V, n° 86, pourvoi n° 06-41.999). De plus, comme toute sanction, l'avertissement notifié au salarié doit être motivé.

Enfin, l'employeur ne peut justifier sa sanction par un fait distinct de celui ayant motivé l'exercice du pouvoir disciplinaire (Soc., 26 janvier 1989, *Bull.* 1989, V, n° 77, pourvoi n° 85-46.031).

#### **1.2.2.2.2. La motivation des décisions des organismes de sécurité sociale**

Sauf exception, l'autorité administrative n'était pas tenue, voici simplement trente ans, de motiver ses décisions, autrement dit d'indiquer les considérations de droit et de fait pour lesquelles elles intervenaient. C'est la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 (relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public) modifiée qui a fait obligation aux autorités administratives de motiver sinon l'ensemble de leurs décisions, du moins les décisions individuelles qui, tels les refus de faire droit à une demande, les sanctions ou les mesures de police, s'avèrent défavorables pour leurs destinataires. Ces dispositions prévoient également que les organismes de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole doivent, de même que les organismes qui pourvoient à la gestion de l'assurance chômage, « faire connaître les motifs des décisions individuelles par lesquelles ils refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir » ou qui « refusent l'attribution d'aides ou de subventions dans le cadre de leur action sanitaire et sociale » (article 6 de ladite loi).

L'obligation de motivation découle également, pour les décisions intervenues en certaines matières, de dispositions *ad hoc*. Il en va ainsi :

- de la mise en demeure et de la contrainte émises pour le recouvrement des cotisations et contributions sociales (initialement énoncée par la jurisprudence de la Cour de cassation, l'obligation de motiver figure désormais dans les textes) ;
- des décisions relatives aux recouvrements des prestations indûment servies aux assurés et allocataires (loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 modifiée, article 25) ;
- des décisions prises au terme du contrôle de l'activité des professionnels et établissements de santé (article L. 133-4 du code de la sécurité sociale) .

L'obligation de motivation ne revêt pas, quant à ses conséquences, la même portée selon la nature des décisions auxquelles elle s'applique :

- la Cour de cassation s'est refusée à attacher des conséquences radicales à l'obligation découlant de la loi du 11 juillet 1979 : le juge du contentieux général de la sécurité sociale ne saurait, en particulier, se borner à annuler la décision de l'organisme motif pris de son absence de motivation ou du caractère insuffisant ou erroné de la motivation (Soc., 6 mars 1997, pourvoi n° 95-15.961 – *RJS* 1997, n° 750 ; Soc., 11 mai 2000, *Bull.* 2000, V, n° 178, pourvoi n° 98-21.755 – *TPS* 2000, comm. n° 252, obs. X. Prétot) ;
- lorsque l'obligation de motivation s'attache à une décision qui traduit l'exercice de pouvoirs de contrôle et de sanctions, elle est assortie en revanche d'une nullité absolue. Tel est le cas, par exemple, de la mise en demeure et de la contrainte délivrées pour le recouvrement des cotisations et contributions sociales.

## **2. L'INFORMATION JUSTIFIÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR : LE DROIT DE PRENDRE CONNAISSANCE D'UNE INFORMATION**

À l'accès à l'information, à sa connaissance, le droit peut opposer des obstacles, tenant par exemple au caractère illicite de propos (par exemple la diffamation) ou à l'existence de secrets. La révélation de ces informations ou leur recherche (en quoi constitue par exemple une immixtion dans le secret de la vie privée d'autrui) est dès lors sanctionnée, civilement ou pénalement. Dans cette mesure, le droit de savoir est tenu en échec. Mais il arrive que la prise en considération d'intérêts contraires fasse pencher la balance vers le droit de savoir, l'accès ou la révélation à l'information n'étant plus alors sanctionné, mais justifié. Souvent le législateur ne tranche pas lui-même ces conflits d'intérêts. Il appartient alors au juge, en fonction de l'importance, de la valeur respective des intérêts en présence, de faire prévaloir l'un ou l'autre, en faveur ou non du droit de savoir. La jurisprudence de la Cour de cassation offre de nombreuses illustrations de ce rôle du juge, qui pèse les intérêts en présence et tranche le conflit en fonction des circonstances propres à chaque espèce. C'est ainsi que le droit de savoir peut être reconnu dans l'intérêt d'un particulier ou d'une autorité (2.1.) ou en faveur du public (2.2.).

### **2.1. LE DROIT DE SAVOIR RECONNU DANS L'INTÉRÊT D'UN PARTICULIER OU D'UNE AUTORITÉ**

Certaines informations confidentielles font l'objet d'un droit de contrôle reconnu aux personnes qu'elles concernent et en vertu duquel elles peuvent faire l'objet d'une rétention dans l'intérêt de ces personnes. Mais des tiers peuvent parfois prétendre avoir un intérêt légitime à prendre connaissance de ces informations. Face à un droit de contrôle sur des informations confidentielles, le droit de savoir l'emporte parfois (2.1.1.). De même les secrets professionnels, qui lient leurs dépositaires, tenus de conserver par-devers eux les informations couvertes par le secret, sont parfois battus en brèche par la reconnaissance de l'intérêt légitime d'un tiers – un particulier, une autorité – à prendre connaissance de telles informations (2.1.2.).

#### **2.1.1. Le droit de savoir face à un droit de contrôle sur des informations confidentielles**

Les informations confidentielles relatives au fonctionnement d'une entreprise font l'objet d'une protection du droit, dont il faut voir comment elle trouve à se concilier avec le droit de savoir (2.1.1.1.). Dans un autre domaine, le droit au respect de la vie privée, que consacre l'article 9 du code civil, consiste en un droit de contrôle reconnu à chaque personne sur les informations de sa vie privée, informations confidentielles qu'elle a le droit de soustraire à

la connaissance des tiers. Mais face au droit de savoir, le droit au respect de la vie privée doit parfois s'incliner (2.1.1.2.).

### **2.1.1.1. Le droit de savoir et la confidentialité du fonctionnement d'une entreprise**

Dans un contexte de concurrence, la confidentialité du fonctionnement d'une entreprise doit pouvoir être assurée, dans une mesure qui est celle que notre droit reconnaît au secret des affaires (2.1.1.1.1.). Mais c'est également avec le droit de savoir des représentants du personnel que doit être conciliée la confidentialité du fonctionnement d'une entreprise (2.1.1.1.2.).

#### **2.1.1.1.1. Secret des affaires et concurrence**

Aucune loi ni aucun règlement ne précisant ce qu'il convient d'entendre par « secret des affaires », il est traditionnellement fait usage de la définition qu'en a donnée le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans son arrêt du 18 septembre 1996, *Postbank c. Commission* (affaire n° T-353/94, *Rec.*, II, p. 921, point 87). Selon cet arrêt, « les secrets d'affaires sont des informations dont non seulement la divulgation au public mais également la simple transmission à un sujet de droit différent de celui qui a fourni l'information peut gravement léser les intérêts de celui-ci ».

Ne sauraient toutefois relever du secret des affaires les informations que les opérateurs économiques ont l'obligation de révéler au public, telles les informations figurant dans les comptes annuels que les sociétés sont tenues de rendre publics (Crim., 28 janvier 2009, pourvoi n° 08-80.884).

Si le droit des pratiques anticoncurrentielles est le domaine privilégié de mise en œuvre de la notion de secret des affaires (2.1.1.1.1.), la Cour de cassation a également dû se prononcer sur la protection du secret des affaires du défendeur dans les procédures fondées sur l'article 145 du code de procédure civile (2.1.1.1.1.2.).

#### **2.1.1.1.1.1. Le droit des pratiques anticoncurrentielles**

En ce domaine, l'actualité juridique est davantage législative et réglementaire que jurisprudentielle.

Pendant longtemps, la protection du secret des affaires a été mal assurée en droit français. La seule disposition y faisant référence en droit national était l'article 23 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence. Cet article disposait : « Le président du Conseil de la concurrence peut refuser la communication de pièces mettant en jeu le secret des affaires, sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits des parties. Les pièces considérées sont retirées du dossier. »

Le régime institué par l'article 23 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, codifié à l'article L. 463-4 du code de commerce, a fait l'objet de vives critiques au motif qu'il assurait une protection insuffisante du secret des affaires, en consacrant une primauté sans nuance du principe du contradictoire (voir, notamment, Christian Lemaire, « La protection du secret



des affaires devant le Conseil de la concurrence : une évolution bienvenue », *in JCP* 2006, éd. E, n° 1161).

Cette insuffisance était d'autant plus criante que le droit communautaire, quant à lui, protégeait efficacement le secret des affaires. D'une part, en application de l'article 214 du Traité CEE (devenu l'article 287 CE, puis l'article 339 TFUE), la Commission des Communautés européennes était tenue d'assurer le respect du secret des affaires (CJCE, 1<sup>er</sup> juillet 2008, *Chronopost et La Poste c. UFEX e. a.*, affaires n° C-341/06 P et n° C-342/06 P, *Rec.*, I, 4777, point 109), et a effectivement adapté sa pratique à cette exigence ; d'autre part, la Cour de justice des Communautés européennes avait très tôt reconnu à la protection du secret des affaires la valeur d'un principe général du droit communautaire (CJCE, 24 juin 1986, *Akzo Chemie BV et Akzo Chemie UK Ltd c. Commission*, affaire n° 53/85, *Rec.*, I, 1965, point 28).

C'est sous l'influence de ce droit communautaire que le législateur français a progressivement assuré un meilleur respect du secret des affaires, d'abord par l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du code de commerce au droit communautaire de la concurrence – qui a notamment réécrit entièrement l'article L. 463-4 du code de commerce –, et le décret n° 2005-1668 du 27 décembre 2005 portant modification du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, puis par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, et le décret n° 2009-142 du 10 février 2009 pris en application de l'article L. 463-4 du code de commerce et relatif à la protection du secret des affaires devant l'Autorité de la concurrence. Dans sa version résultant de l'ordonnance du 13 novembre 2008, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 463-4 du code de commerce dispose désormais : « Sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes. Dans ce cas, une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles. »

En l'état actuel de la législation et de la réglementation nationales, les nécessités de la protection du secret des affaires sont prises en compte dans le cadre de l'examen des projets d'opérations de concentration (articles L. 430-10 et R. 463-15-1 du code de commerce), ainsi qu'au stade de la publicité donnée aux décisions de l'Autorité de la concurrence et du ministre de l'économie relatives auxdites opérations (articles R. 430-7 et D. 430-8 du code de commerce). Elles le sont également dans le cadre des instructions sur d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles conduites par l'Autorité de la concurrence (articles L. 463-4, R. 463-13, alinéas 1 et 3, R. 463-14 et R. 463-15 du code de commerce) ou par le ministre de l'économie (articles R. 463-13, alinéa 2, et R. 464-9-1 du code de commerce), ainsi qu'au stade de la publicité donnée aux décisions prises par l'Autorité de la concurrence à l'issue de telles enquêtes (article D. 464-8-1 du code de commerce).

Pour autant, les enseignements qui peuvent être tirés de la maigre jurisprudence rendue sous l'empire des textes antérieurs à l'ordonnance du 13 novembre 2008 restent pertinents.

Ainsi, le secret des affaires ne peut pas être opposé aux agents de l'Autorité de la concurrence ou aux fonctionnaires de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) lorsqu'ils enquêtent sur d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation dans deux arrêts récents (Crim., 13 janvier 2010, pourvois n° 07-86.228 et 07-86.229). Une société s'était pourvue en cassation contre des ordonnances du juge des libertés et de la détention ayant jugé régulières les opérations de visite et de saisie de documents effectuées par l'administration de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes en vue de rechercher la preuve de pratiques anticoncurrentielles. Elle faisait notamment valoir que les saisies pratiquées en vertu d'une ordonnance d'autorisation de visite et saisie doivent être opérées dans le respect du secret des affaires, les officiers de police judiciaire désignés par le juge ayant autorisé les visites et saisies étant chargés de veiller au respect du secret professionnel, et qu'en retenant que les documents de nature à porter atteinte à la protection du secret des affaires n'étaient pas exclus du champ des documents pouvant faire l'objet d'une saisie, le juge des libertés et de la détention avait méconnu les articles L. 450-4 du code de commerce, dans sa version antérieure à l'ordonnance du 13 novembre 2008, et 56 du code de procédure pénale. La Cour de cassation a rejeté les pourvois en approuvant le juge des libertés et de la détention d'avoir retenu « que l'article L. 450-4 du code de commerce alors applicable, n'exclut pas du champ des documents pouvant faire l'objet d'une saisie, ceux qui seraient de nature à porter atteinte à la protection du secret des affaires » et que « l'article L. 463-4, dudit code dans sa version alors en vigueur, permet en cas de contentieux devant le Conseil de la concurrence, à la partie mise en cause, de demander le retrait ou l'occultation partielle des pièces mettant en jeu ledit secret ». La Cour de cassation ayant pris soin de préciser, dans les mêmes arrêts que « ces dispositions ont été reprises dans l'ordonnance du 13 novembre 2008 », cette jurisprudence reste valable.

Dans un arrêt de 1997 (Com., 21 octobre 1997, pourvois n° 96-30.016, 96-30.017, 96-30.018, 96-30.019, 96-30.020, 96-30.021 et 96-30.022), la Cour de cassation a jugé que « si l'Administration peut être fondée à garantir l'anonymat de certaines personnes entendues au cours de l'enquête et doit respecter le secret des affaires, dès lors qu'elle produit des pièces pour justifier de présomptions de pratiques anticoncurrentielles au soutien d'une demande d'autorisation de visite et saisie, l'ordonnance qui l'accorde en visant et analysant lesdites pièces ne peut les soustraire à l'examen contradictoire des parties nécessaire à l'exercice du recours qu'elles sont en droit d'introduire contre ladite ordonnance ».

Dans un arrêt ultérieur (Com., 7 janvier 2004, pourvoi n° 02-14.053), la Cour de cassation a toutefois approuvé une cour d'appel d'avoir considéré que « s'il est de principe que la régularité de la décision du Conseil des marchés financiers s'apprécie au vu des documents examinés par le Conseil, ce principe ne fait pas obstacle à ce que certaines données communiquées au Conseil soient soustraites à l'examen des parties à l'instance dès lors qu'il existe un intérêt légitime à ce que des informations mettant en jeu le secret des affaires demeurent confidentielles et que la connaissance de celles-ci n'est pas nécessaire à l'exercice effectif du recours ouvert contre la décision de l'autorité de marché ». Cet arrêt peut être rapproché d'une jurisprudence récente (Com., 4 novembre 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 188, pourvoi n° 07-21.275; Com., 2 février 2010, *Bull.* 2010, IV, n° 26, pourvoi n° 08-70.449), rendue au sujet de procédures d'engagements devant le Conseil de la concurrence. Dans l'affaire ayant

donné lieu à l'arrêt du 2 février 2010, ni le rapport administratif d'enquête, ni ses annexes, sur lesquels le rapporteur s'est fondé pour établir l'évaluation préliminaire, n'avaient été soumis aux parties. La cour d'appel avait donc annulé la décision du Conseil de la concurrence comme portant atteinte au principe du contradictoire. La Cour de cassation a cassé cet arrêt au motif qu'il appartient à la cour d'appel, saisie par une partie d'une demande tendant à l'annulation de la décision du Conseil faute pour elle d'avoir eu accès à l'intégralité du dossier, de vérifier, au besoin d'office, si le défaut de communication de certaines pièces a porté atteinte à ses intérêts. Cette jurisprudence est applicable *a fortiori* lorsque les documents qui n'ont pas été transmis contiennent des informations relevant du secret des affaires.

Il peut en être déduit que la protection du secret des affaires ne doit céder devant le respect du principe du contradictoire que si le défaut de communication des pièces comportant des informations protégées par ce secret porterait atteinte aux intérêts des parties à qui ledit secret est opposé. Si tel est le cas, soit l'Autorité de la concurrence ou le ministre de l'économie sont tenus d'écarter du dossier les pièces comportant des informations protégées par le secret des affaires et renoncent à en faire usage, soit, s'ils entendent en faire usage, ces pièces doivent pouvoir être consultées par les parties.

#### 2.1.1.1.2. L'article 145 du code de procédure civile

Aux termes de l'article 145 du code de procédure civile, « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ». Cet article est notamment utilisé dans le cadre de conflits entre anciennes relations d'affaires, ainsi qu'entre concurrents aux fins de rechercher les éléments de preuve destinés à établir l'existence de pratiques anti-concurrentielles. De telles procédures sont alors susceptibles de porter atteinte au secret des affaires de la partie défenderesse.

À cet égard, il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation que le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau code de procédure civile dès lors que les mesures ordonnées procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées (2<sup>e</sup> Civ., 7 janvier 1999, *Bull.* 1999, II, n° 4, pourvoi n° 95-21.934; 2<sup>e</sup> Civ., 25 mai 2000, pourvoi n° 97-17.768; 2<sup>e</sup> Civ., 8 février 2006, *Bull.* 2006, II, n° 44, pourvoi n° 05-14.198).

Il résulte de cette jurisprudence que le moyen tiré du risque de violation du secret des affaires ne constitue pas un obstacle autonome à la mise en œuvre d'une mesure d'instruction *in futurum*. Ce n'est qu'une donnée que le juge doit intégrer dans son appréciation de la légitimité du motif invoqué (en ce sens, 2<sup>e</sup> Civ., 14 mars 1984 [deux espèces], *Bull.* 1984, II, n° 49, pourvois n° 82-16.076 et 82-16.876; Com., 5 janvier 1988, *Bull.* 1988, IV, n° 7, pourvoi n° 86-15.322).

Par ailleurs, le risque de violation du secret des affaires doit être pris en compte, le cas échéant, par le juge lors du choix de la mesure d'instruction *in futurum*; à cet égard, le juge doit prendre soin d'examiner quelle est la mesure la mieux adaptée et, si cela apparaît nécessaire à la protection du secret des affaires du défendeur, aménager la mesure sollicitée.

Une telle interprétation paraît en effet pouvoir être déduite, au moins implicitement, d'un arrêt récent de la chambre commerciale (Com., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-21.225). Un requérant avait obtenu, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, la désignation d'un huissier avec pour mission de se rendre dans les locaux d'une société, avec laquelle il avait été en relations d'affaires, pour s'y faire remettre divers documents. Cette mesure ayant été confirmée en appel, la société objet de la mesure s'est pourvue en cassation en faisant notamment grief à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si, compte tenu de l'ampleur de la mesure et de la nature des pièces que l'huissier était requis de saisir, la légitime protection du secret des affaires de cette société n'imposait pas un aménagement de la mesure, ce que l'existence d'un motif légitime et le caractère contradictoire de la procédure ne suffisait pas à écarter. La Cour de cassation a écarté ce grief en constatant que l'arrêt attaqué « retient, enfin, qu'il n'y a pas lieu de placer les pièces dont s'agit sous séquestre ni d'en soumettre la remise à une nouvelle procédure de référé, constatant par là même que la protection du secret des affaires n'imposait pas l'aménagement de la mesure d'instruction sollicité par la société [...] ; que la cour d'appel a ainsi procédé aux recherches prétendument omises ».

#### **2.1.1.1.2. Confidentialité des informations de l'entreprise et droit de savoir des représentants du personnel**

Deux points méritent ici d'être abordés, d'une part la confidentialité des informations remises au comité d'entreprise ou aux experts du comité (2.1.1.1.2.1.), d'autre part la confidentialité des informations internes de l'entreprise et les droits des salariés (2.1.1.1.2.2.).

##### **2.1.1.1.2.1. La confidentialité des informations remises au comité d'entreprise ou aux experts du comité**

Selon l'article L. 2325-5, alinéa 2, du code du travail, les membres du comité d'entreprise et les représentants syndicaux sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur. L'article L. 2323-10, alinéa 2, prévoit pour sa part que les documents comptables que doit fournir le chef d'entreprise, pour l'examen annuel des comptes, sont réputés confidentiels. En application de l'article L. 2325-42, l'expert-comptable du comité d'entreprise est également tenu aux mêmes obligations que les membres de celui-ci.

L'obligation générale de discrétion des membres du comité d'entreprise doit s'exercer en tenant compte de l'intérêt des salariés qu'ils représentent et auxquels ils doivent pouvoir rendre compte. La Cour de cassation considère en conséquence que les intéressés ne sont tenus à l'obligation de discrétion que pour les informations présentant légalement un caractère confidentiel ou données comme telles par l'employeur ou son représentant, au moment où celui-ci les leur remet (Soc., 12 juillet 2006, *Bull.* 2006, V, n° 256, pourvoi n° 04-47.558).

L'expert-comptable du comité d'entreprise, qui peut se faire communiquer les documents qui n'entrent pas dans l'information obligatoire du comité d'entreprise et qu'il considère utiles à l'accomplissement de sa mission, est évidemment tenu par ces obligations de secret et de discrétion. Il ne peut se voir opposer par l'employeur le caractère confidentiel des documents qu'il demande (Soc., 15 décembre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 286, pourvoi n° 08-18.228).

#### **2.1.1.1.2.2. La confidentialité des informations internes de l'entreprise et les droits des salariés**

La Cour de cassation rappelle régulièrement que les salariés jouissent, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de leur liberté d'expression à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées. La Cour de cassation a été conduite à préciser que ces principes sont applicables à la mise en place d'un code de conduite des affaires dans une entreprise ou un groupe (Soc., 8 décembre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 276, pourvoi n° 08-17.191). Un tel code ne peut pas soumettre la diffusion d'informations non confidentielles qualifiées « à usage interne » à une autorisation préalable de leur auteur, sans en donner une définition précise permettant de contrôler que cette restriction est justifiée. Par ailleurs, il ne peut soumettre à autorisation préalable l'utilisation de telles informations dans le cadre du droit d'expression directe et collective des salariés sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail, ce droit s'exerçant dans les conditions légales.

#### **2.1.1.2. Le droit de savoir et le droit au respect de la vie privée**

La protection de la vie privée (article 9 du code civil), qui implique que la personne puisse s'opposer aux immixtions dans cette dernière comme à la révélation d'informations s'y rapportant, ne se conçoit évidemment pas sans limites. Il ne saurait être question, en effet, que la protection de la vie privée d'une personne fasse systématiquement échec à la connaissance d'autrui. Dans certains cas, il peut être légitime de prendre connaissance d'une information ayant trait à la vie privée d'une personne indépendamment de son consentement. C'est dire qu'il y a lieu de procéder à la balance des intérêts contraires. Un équilibre doit être trouvé, dans l'édification duquel la jurisprudence de la Cour de cassation joue un rôle souvent important, entre le droit au respect de la vie privée et des aspirations, nombreuses, à la connaissance d'informations se rapportant à la vie privée d'autrui. Lorsqu'elle est reconnue, la primauté du droit de savoir sur le droit au respect de la vie privée se traduit par le droit de prendre connaissance de la vie privée d'autrui soit dans un intérêt privé (2.1.1.2.1.), soit dans l'intérêt général (2.1.1.2.2.).

##### **2.1.1.2.1. Le droit de prendre connaissance de la vie privée d'autrui dans un intérêt privé**

Le droit au respect de la vie privée peut trouver dans la prise en considération d'intérêts privés un juste motif de s'incliner, dans la mesure nécessaire à la satisfaction de ces intérêts légitimes. C'est ainsi que doivent se concilier entre eux le droit de savoir du créancier et le droit au respect de la vie privée du débiteur (2.1.1.2.1.1.), le droit de savoir de l'employeur et le droit au respect de la vie privée du salarié (2.1.1.2.1.2.), et que le droit au respect de la vie privée de chaque conjoint doit composer avec le lien conjugal (2.1.1.2.1.3.).

##### **2.1.1.2.1.1. Le droit de savoir du créancier et le droit au respect de la vie privée du débiteur**

Le créancier doit pouvoir accéder à certaines informations concernant le débiteur pour établir la réalité de sa créance et pour mettre à exécution le titre qu'il a pu obtenir. Ainsi,

qu'il puisse connaître l'adresse de son débiteur semble aller de soi. Certains débiteurs de mauvaise foi ont pourtant prétendu que leur droit au respect de la vie privée (article 9 du code civil), qui confère à son titulaire un droit de contrôle sur les informations relatives à sa vie privée, leur permettait de s'opposer à ce que leur adresse personnelle, constitutive d'une telle information, soit révélée à leur créancier. C'était là manœuvre de mauvaise foi. La protection de la vie privée ne saurait justifier les résistances illégitimes du débiteur à l'encontre des droits de son créancier. Aussi est-ce avec beaucoup de sagesse que la Cour de cassation a affirmé que « si toute personne est en droit de refuser de faire connaître le lieu de son domicile ou de sa résidence, il en va autrement lorsque cette dissimulation lui est dictée par le seul dessein illégitime de se dérober à l'exécution de ses obligations et de faire échec aux droits de ses créanciers » (1<sup>re</sup> Civ., 19 mars 1991, *Bull.* 1991, I, n° 96, pourvoi n° 89-19.960; *D.* 1991, p. 568 – 1<sup>re</sup> Civ., 30 juin 1992, pourvoi n° 90-18.459; *JCP* 1993, éd. G, II, 22001; *D.* 1993, p. 421 – 1<sup>re</sup> Civ., 20 juillet 1994, pourvoi n° 92-21.615; *Juris-Data* n° 1994-001467).

Plus généralement, avant tout procès et s'il existe un motif légitime, le créancier n'est pas entièrement démuné, puisqu'il dispose des mesures d'instruction *in futurum* qui lui permettent, sous le contrôle du juge, de conserver ou d'établir la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige. Les litiges en matière de concurrence ou de construction comptent parmi ceux qui donnent fréquemment lieu à de telles mesures, ce dont témoigne la jurisprudence récente rendue par la deuxième chambre relativement aux mesures ordonnées sur requête<sup>270</sup>. La Cour de cassation est attentive à ce que ne soient pas mises en œuvre, dans un cadre non contradictoire, des investigations qui pourraient être de nature à porter atteinte au secret des affaires ou aux libertés individuelles. Lorsqu'il est muni d'un titre exécutoire, le créancier qui entend poursuivre son débiteur ne pourra le faire utilement que s'il détient des renseignements sur sa personne, sa situation familiale et, le cas échéant, son régime matrimonial, sur son éventuelle activité professionnelle et sur son patrimoine tant mobilier qu'immobilier.

Aucune mesure d'exécution ne peut en effet être entreprise avec quelque chance de succès, si le créancier n'est pas en mesure d'accéder, fût-ce indirectement, à des informations personnelles qui pour certaines relèvent de la vie privée. L'un des objectifs de la réforme des procédures civiles d'exécution de 1991 a été de valoriser le titre exécutoire. Le législateur a jugé que l'atteinte à la vie privée et le risque de divulgation d'information et de constitution de fichiers de données devait céder, sous certaines conditions, devant la force du titre. Il s'est préoccupé de faciliter la recherche des informations et ce, quelle que soit la nature de la créance. Les articles 16, 25 et 39-41 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 modifiée par la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 sont en partie consacrés à l'obtention des renseignements. Ces textes s'ajoutent aux législations particulières relatives au paiement direct et au recouvrement public des pensions alimentaires, résultant des lois des 2 janvier 1973 et 11 juillet 1975. Sans qu'il y ait lieu d'entrer ici dans le détail de ses dispositions, la loi de 1991 énonce d'abord la règle selon laquelle l'État est tenu de prêter son

270. 2<sup>e</sup> Civ., 11 février 2010, *Bull.* 2010, II, n° 34, pourvoi n° 08-21.469 et *Bull.* 2010, II, n° 32, pourvoi n° 09-11.342; 2<sup>e</sup> Civ., 11 mars 2010, *Bull.* 2010, II, n° 53, pourvoi n° 09-66.338.

L'INFORMATION JUSTIFIÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT DE PRENDRE CONNAISSANCE  
D'UNE INFORMATION

concours à l'exécution des jugements et des titres exécutoires. Elle permet à l'huissier de justice chargé de l'exécution d'obtenir directement de l'administration fiscale l'adresse des organismes auprès desquels un compte est ouvert au nom du débiteur, sans pouvoir opposer de secret professionnel et autorise l'agent d'exécution à demander au procureur de la République, après des recherches infructueuses, d'entreprendre les diligences nécessaires pour connaître l'adresse du débiteur et celle de son employeur, à l'exclusion de tout autre renseignement. L'article 40 de la loi pose le principe que les collectivités publiques et les administrations doivent communiquer au ministère public les renseignements qu'ils détiennent. Le procureur de la République peut ainsi requérir des informations auprès des services de police et de gendarmerie, mais aussi, auprès des officiers publics et ministériels, des services de La Poste, de France Télécom ou des autres opérateurs de téléphonie, des services de distribution d'électricité, de gaz et d'eau.

Il est remarquable que la Cour de cassation n'a pas eu à ce jour l'occasion d'examiner un seul pourvoi révélant d'éventuelles difficultés de mise en œuvre des dispositions spécifiques de la loi de 1991 relatives à la recherche des informations. À cela, deux explications peuvent être données, soit que le dispositif mis en place par la loi a démontré son efficacité, soit que les problèmes d'application n'ont pas ou ont peu été soumis aux juridictions. La vérité est sans aucun doute à rechercher dans cette seconde proposition. On voit mal comment un contentieux pourrait, en effet, être lié sur cette question de la recherche des informations, si ce n'est sous l'angle, assez fermé, de l'engagement de la responsabilité de l'État ou des professionnels qui sont intervenus au cours de l'exécution forcée<sup>271</sup>.

La question de la conservation par l'huissier de justice des données recueillies doit encore être évoquée. Selon l'article 41 de la loi de 1991, les renseignements obtenus ne peuvent être utilisés que dans la seule mesure nécessaire à l'exécution du ou des titres pour lesquels ils ont été demandés et ne peuvent en aucun cas, sous peine de sanctions pénales et sans préjudice de la responsabilité civile professionnelle et disciplinaire de l'huissier de justice, être communiqués à des tiers ni faire l'objet d'un fichier d'informations nominatives. Cette prohibition doit être conciliée avec l'obligation faite aux huissiers de justice de conserver les minutes de leurs actes. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) porte manifestement une attention particulière à ce problème, puisqu'elle a prononcé des sanctions à l'encontre d'une étude d'huissier de justice ayant constitué des fichiers révélant l'existence de commentaires sur les fiches informatiques des débiteurs sans lien avec la finalité du traitement faisant référence à l'état de santé des personnes, à leurs traits de caractère ou à l'existence de mesures pénales<sup>272</sup>.

On signalera enfin que le Parlement a récemment examiné un texte modifiant les conditions d'obtention de renseignements par les agents d'exécution. Considérant que l'activité des parquets ne leur permettait pas de se consacrer pleinement à leur mission de recherche des informations aux fins d'exécution des décisions civiles, que de nombreuses requêtes ne

271. 2<sup>e</sup> Civ., 18 juin 2009, *Bull.* 2009, II, n° 169, pourvoi n° 08-18.379; 1<sup>re</sup> Civ., 8 avril 2010, pourvoi n° 09-65-452, à propos d'un avocat dont la responsabilité a été recherchée sans succès pour avoir refusé de donner des informations concernant son client débiteur.

272. CNIL, délibération n° 2006-173 du 28 juin 2006, signalée sur le site de cette autorité.

seraient pas traitées et que l'intérêt du filtre mis en place apparaît limité, l'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté en première lecture une proposition de loi qui autorise l'huissier de justice à s'adresser directement au tiers susceptible de lui communiquer l'adresse du débiteur, l'identité ou l'adresse de son employeur ou de tout tiers dépositaire de sommes ou encore de lui fournir la composition de son patrimoine immobilier<sup>273</sup>. En l'état de la discussion, le texte facilite également l'accès aux interphones, boîtes aux lettres et parties communes des immeubles en vue de l'accomplissement des missions de signification et d'exécution des huissiers de justice.

#### 2.1.1.2.1.2. Le droit de savoir de l'employeur et le droit au respect de la vie privée du salarié

Vie privée et travail, les deux termes peuvent paraître antinomiques et pourtant la jurisprudence de la chambre sociale a toujours admis que, comme l'avait mis en lumière le professeur Gérard Lyon-Caen, même au temps et au lieu du travail, il subsiste pour le salarié une part de vie personnelle, « un noyau d'autonomie » qui échappe à l'autorité de l'employeur, le concept de vie personnelle du salarié dans l'entreprise étant plus large que celui de vie privée qui n'en est qu'un élément. Et l'article L. 1121-1 (ancien article L. 120-2) du code du travail, issu de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992, qui constitue le texte clé en la matière, est là pour le rappeler, qui dispose que si des restrictions aux droits des personnes – parmi lesquels le droit au respect de la vie privée – et aux libertés des salariés peuvent être apportées dans l'entreprise, elles doivent être « justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché ». C'est donc le législateur lui-même qui a posé que le droit au respect de la vie privée du salarié voyait sa limite, dans certaines hypothèses, par le droit de savoir de l'employeur.

C'est sur le terrain du pouvoir disciplinaire de l'employeur que s'est essentiellement illustrée la règle. Le principe, ancien, posé par la jurisprudence de la chambre sociale et rappelé encore récemment, est que ne peut constituer une faute du salarié, un fait relevant de sa vie privée (Soc., 23 juin 2009, *Bull.* 2009, V, n° 160, pourvoi n° 07-45.256), sauf s'il se rattache à la vie professionnelle (Soc., 31 mars 2009, pourvoi n° 08-40.159), le trouble objectif qu'il a causé pouvant toutefois justifier un licenciement, alors nécessairement *non disciplinaire* (Soc., 14 septembre 2010, pourvoi n° 09-65.675). Et peut être considéré comme relevant de la vie privée du salarié non seulement un fait commis en dehors du travail, mais même un fait survenu au temps et au lieu du travail, comme la réception d'une correspondance privée, sur le contenu de laquelle l'employeur ne peut se fonder pour sanctionner son destinataire (Ch. mixte, 18 mai 2007, *Bull.* 2007, Ch. mixte, n° 3, pourvoi n° 05-40.803), ou la seule conservation de trois fichiers personnels sur l'ordinateur du salarié, fussent-ils à caractère pornographique (Soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-42.097).

En revanche, la chambre sociale a récemment rappelé que le respect de la vie privée et le secret des correspondances ne s'attachaient pas à des correspondances, adressées par le

273. Le texte a depuis été promulgué : loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires.



L'INFORMATION JUSTIFIÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT DE PRENDRE CONNAISSANCE  
D'UNE INFORMATION

salarié de son lieu de travail, ne concernant pas sa vie privée *stricto sensu*, au sens où l'entend la jurisprudence civile (Soc., 15 décembre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 284, pourvoi n° 07-44.264).

Mais c'est également sur le terrain, préalable à la sanction, de la preuve que s'est placée la chambre sociale pour écarter ou encadrer certains modes de preuve d'une faute du salarié et mettant en jeu le respect de la vie privée, au visa des articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil, et L. 1121-1 du code du travail, et de l'article 9 du code de procédure civile qui consacre la loyauté des preuves ou des procédés de preuve, voire, le cas échéant, du principe du secret des correspondances, incriminé à l'article 226-15 du code pénal. Ainsi, la filature a été considérée comme en soi illicite, et donc « insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur », en ce qu'elle « implique nécessairement une atteinte à la vie privée du salarié » (Soc., 26 novembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 352, pourvoi n° 00-42.401 ; Soc., 3 décembre 2008, pourvoi n° 07-43.301). Admise comme mode de preuve, la fouille soit du véhicule, soit du sac personnel du salarié a été, quant à elle, soumise à des conditions strictes, puisqu'un arrêt du 11 février 2009 (*Bull.* 2009, V, n° 40, pourvoi n° 07-42.068), s'inspirant de la jurisprudence administrative, exige qu'elle soit non seulement consentie par le salarié, mais que celui-ci soit informé de son droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin. Et l'arrêt ne fait pas de distinction entre fouille *stricto sensu* et, comme en l'espèce, ouverture du sac et contrôle visuel de son contenu.

En revanche, la chambre sociale adopte une autre position lorsque le contrôle porte sur du matériel appartenant à l'employeur et mis à la disposition du salarié pour son travail, consciente qu'elle est de l'intérêt de l'entreprise et des besoins de l'employeur, lequel, dans le cadre de son pouvoir de direction, doit pouvoir contrôler l'exécution du travail commandé en s'assurant que les salariés exécutent leur mission et respectent la réglementation. Ainsi elle a admis (Soc., 21 octobre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 193, pourvoi n° 07-41.513) l'ouverture par l'employeur d'un coffre *exclusivement* professionnel servant au dépôt des fonds mis à la disposition d'un agent de la RATP, puisque aucune atteinte ne pouvait être portée à la vie privée du salarié, l'ouverture des armoires individuelles ne pouvant au contraire se faire qu'en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé, « sauf risque ou événement particulier » (Soc., 11 décembre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 377, pourvoi n° 99-43.030).

Surtout, s'agissant du contrôle essentiel de l'outil informatique, la chambre a décidé pareillement que « sauf risque ou événement particulier », l'employeur ne peut ouvrir qu'en présence du salarié ou celui-ci dûment appelé les fichiers qu'il a identifiés comme personnels (Soc., 17 mai 2005, *Bull.* 2005, V, n° 165, pourvoi n° 03-40.017) ce, y compris les messages électroniques (Soc., 17 juin 2009, *Bull.* 2009, V, n° 153, pourvoi n° 08-40.274), restreignant ainsi la portée de son arrêt Nikon du 2 octobre 2001 (*Bull.* 2001, V, n° 291, pourvoi n° 99-42.942), et autorisé la désignation d'un huissier de justice chargé, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, de contrôler le contenu de l'ordinateur professionnel s'il existe des raisons légitimes et sérieuses d'ordonner cette mesure (Soc., 10 juin 2008, *Bull.* 2008, V, n° 129, pourvoi n° 06-19.229). Puis elle a posé successivement une présomption du caractère professionnel des fichiers électroniques (Soc., 16 mai 2007, pourvoi n° 05-43.455), des courriers (Ch. mixte, 18 mai 2007, précité) et des connexions électroniques internet (Soc., 9 juillet 2008, *Bull.* 2008, V, n° 150, pourvoi n° 06-45.800).

Enfin, complétant sa construction jurisprudentielle, la chambre a indiqué que l'identification par le salarié d'un fichier comme personnel devait résulter de son intitulé et non de son contenu (Soc., 15 décembre 2009, précité), précisant que les initiales (Soc., 21 octobre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 226, pourvoi n° 07-43.877) ou le prénom du salarié (Soc., 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-44.840) n'identifiaient pas un fichier comme personnel. Elle a ainsi cherché à concilier la vie pratique dans les entreprises et le respect de la sphère intime du salarié.

### 2.1.1.2.1.3. Le droit au respect de la vie privée et le lien conjugal

La vie privée de l'un des conjoints n'est pas nécessairement connue de l'autre, ce qui se vérifie notamment en cas d'adultère, soigneusement caché, en règle générale, par l'époux fautif. Dans quelle mesure le conjoint bafoué a-t-il le droit de savoir ce que recouvre la double vie de l'autre ?

La question du droit au respect de la vie privée de chacun des époux se pose avec une particulière acuité en matière de divorce, et spécialement de divorce pour faute, lequel nécessite de prouver des faits qui, par leur nature même, sont souvent intimes. La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 n'ayant pas fait disparaître ce cas de divorce, cette question présente toujours un intérêt, renouvelé depuis l'apparition de nouveaux modes de communication qui sont autant de modes de preuve potentiels sur l'admissibilité desquels la jurisprudence a dû se prononcer.

En matière de divorce, la preuve des griefs se fait par tous moyens. Ce principe, énoncé à l'article 259 du code civil issu de la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, et qui n'a pas été modifié par la réforme de 2004, n'est que la reprise du principe général du droit de la preuve selon lequel la preuve des faits juridiques se fait par tous moyens.

Les deux articles suivants, présentés comme des exceptions au principe de la preuve par tous moyens, ont paradoxalement conduit la jurisprudence à admettre dans ce domaine, dans les limites posées par ces textes, que le principe de la liberté de la preuve prime celui du respect de la vie privée.

L'ancien article 259-1 du code civil énonçait 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. L'application jurisprudentielle qui en a été faite a été consacrée par le nouvel article 259-1, qui indique qu'un époux ne peut verser aux débats *un élément de preuve* qu'il aurait obtenu par violence ou fraude<sup>274</sup>.

Il est admis depuis longtemps en jurisprudence que des lettres, qui, dans d'autres domaines du droit, seraient écartées comme violant le secret des correspondances, puissent être utilisées en matière de divorce pour prouver les fautes, et notamment l'adultère, à la condition que les lettres aient été obtenues sans violence ni fraude (2<sup>e</sup> Civ., 28 mars 1973, *Bull.* 1973, II, n° 115, pourvoi n° 72-10.380 : lettres adressées au mari se trouvant dans la

274. Il résulte des débats parlementaires qu'il avait été envisagé de préciser qu'un époux ne peut verser aux débats les communications échangées entre son conjoint et un tiers ou le contenu des écrits personnels appartenant à son conjoint qu'il aurait obtenu par fraude ou violence ; finalement, la formulation « élément de preuve » a été préférée.

L'INFORMATION JUSTIFIÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT DE PRENDRE CONNAISSANCE  
D'UNE INFORMATION

correspondance commerciale du magasin dont la femme assurait la gestion administrative; 2<sup>e</sup> Civ., 26 novembre 1975, *Bull.* 1975, II, n° 314, pourvoi n° 74-13.034 : lettre adressée par un tiers à l'épouse et ouverte par le mari; 2<sup>e</sup> Civ., 29 janvier 1997, *Bull.* 1997, II, n° 28, pourvoi n° 95-15.255 : lettres adressées par l'épouse à des tiers).

Ceci s'explique aisément. Il a ainsi été écrit<sup>275</sup> : « 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. Appliquée en matière de divorce, la règle aboutirait à ce que les lettres (d'amour ou de confidences) écrites ou reçues par un époux soient systématiquement écartées du procès, ce qui rendrait la preuve – notamment de l'adultère – souvent fort délicate ».

On verra ci-après que cette exception de l'obtention par violence ou fraude a été appliquée par la jurisprudence à tous les autres moyens de preuve. De façon encore plus explicite, la Cour de cassation a énoncé dans plusieurs arrêts de principe (cf., par exemple, le dernier arrêt précité) que « le juge ne peut écarter des débats [un document] dont un conjoint entend faire usage que s'[il a été obtenu] par violence ou fraude », mettant ainsi en évidence que l'obtention par violence ou fraude constitue la seule exception au principe de la liberté de la preuve en matière de divorce.

Rappelons que les juges du fond apprécient souverainement si des documents produits dans l'instance en divorce ont été obtenus par fraude (2<sup>e</sup> Civ., 5 mai 1976, *Bull.* 1976, II, n° 142, pourvoi n° 75-12.406) et, surtout, que c'est à celui qui invoque la violence ou la fraude pour faire écarter un élément de preuve des débats de les prouver, le simple fait d'une absence de remise volontaire des documents versés ne faisant pas présumer la fraude.

Il a ainsi été jugé que la preuve de faits fautifs au sens de l'article 242 du code civil pouvait résulter des propos tenus par une épouse dans son journal intime, le seul fait pour celle-ci d'alléguer qu'il lui avait été subtilisé n'étant pas suffisant pour écarter cet écrit des débats (2<sup>e</sup> Civ., 29 janvier 1997 précité; 2<sup>e</sup> Civ., 6 mai 1999, *Bull.* 1999, II, n° 85, pourvoi n° 97-12.437)<sup>276</sup>.

Suivant l'évolution des modes de communication, cette jurisprudence a été étendue aux courriers électroniques ou courriels échangés entre un conjoint et un tiers et a admis, dans un arrêt remarqué, que des relations injurieuses puissent être établies par des courriels

275. Stéphane David, *AJ Famille* 2005, p. 403.

276. Commentant cette jurisprudence, M. Bénabent, favorable à la suppression du divorce pour faute, a notamment fait valoir que l'on mettait ainsi à la charge du conjoint qui s'oppose à la production en justice, une preuve de la fraude pratiquement impossible à rapporter alors que l'on aurait pu considérer qu'une lettre ou un journal intime étant par nature des documents personnels, le seul fait pour l'autre conjoint d'en être en possession était suspect et que ce devrait être à lui de démontrer comment ces écrits sont parvenus entre ses mains. Selon lui, cette jurisprudence véhicule une idée du mariage dépassée, qui accrédite l'idée qu'un époux a des droits sur l'autre (et notamment celui de lire sa correspondance), qui est de nature à détourner les jeunes générations de cette institution (*D.* 1997, p. 296). Il n'a pas été suivi par le législateur.

échangés entre une épouse et son amant, en l'absence de preuve de violence ou de fraude (1<sup>re</sup> Civ., 18 mai 2005, *Bull.* 2005, I, n° 213, pourvoi n° 04-13.745)<sup>277</sup>.

Puis, dans un arrêt récent non moins remarqué (1<sup>re</sup> Civ., 17 juin 2009, *Bull.* 2009, I, n° 132, pourvoi n° 07-21.796), elle a aussi été étendue aux minimessages<sup>278</sup>, dits « SMS », de plus en plus utilisés, si l'on en croit un article paru dans un quotidien<sup>279</sup>. En l'espèce, un jugement avait prononcé le divorce aux torts partagés des époux. Devant la cour d'appel, l'épouse avait produit, pour démontrer le grief d'adultère reproché à son conjoint, des minimessages, dits « SMS », reçus sur le téléphone portable professionnel de celui-ci, dont la teneur était rapportée dans un procès-verbal dressé à sa demande par un huissier de justice. Pour la débouter de sa demande reconventionnelle et prononcer le divorce à ses torts exclusifs, la cour d'appel avait énoncé que les courriers électroniques adressés par le biais de téléphone portable sous la forme de courts messages relèvent de la confidentialité et du secret des correspondances et que la lecture de ces courriers à l'insu de leur destinataire constituait une atteinte grave à l'intimité de la personne. Après avoir rappelé, au visa des articles 259 et 259-1 du code civil, qu'en matière de divorce, la preuve se fait par tous moyens, et le juge ne peut écarter des débats un élément de preuve que s'il a été obtenu par violence ou fraude, la Cour de cassation a décidé que cet arrêt devait être cassé pour défaut de base légale, faute d'avoir constaté que les minimessages avaient été obtenus par violence ou fraude.

La première chambre civile a par ailleurs admis que la preuve de l'adultère puisse se faire par le rapprochement entre des expertises sanguines et des témoignages (1<sup>re</sup> Civ., 28 février 2006, *Bull.* 2006, I, n° 113, pourvoi n° 04-12.736<sup>280</sup>), ou résulter de la production d'un rapport de détective privé, joint à des courriels (cf. 1<sup>re</sup> Civ., 18 mai 2005, précité).

Toutefois, dans un domaine voisin, un arrêt de la deuxième chambre civile (3 juin 2004, *Bull.* 2004, II, n° 273, pourvoi n° 02-19.886) a retenu que le fait de faire suivre, surveiller et épier son ancienne épouse pendant plusieurs mois par un détective privé afin de rechercher des éléments de son train de vie en vue de solliciter la suppression d'une prestation compensatoire constituait une immixtion illicite dans sa vie privée, disproportionnée par rapport au but poursuivi. Nul doute que dans le domaine de la preuve d'une faute, cause de divorce, la Cour devrait aussi être sensible à cette exigence de proportionnalité, rappelée par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt du 10 octobre 2006<sup>281</sup>. Dans cette affaire,

277. Observons que les textes sur la preuve littérale, issus de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 (articles 1316 et s. du code civil) donnent la même valeur probante à un courrier électronique et à un courrier papier dès lors que l'auteur du premier peut être identifié. L'article 1316 énonce que « la preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ».

278. C'est le terme adopté par la Commission de terminologie et de néologie (cf. liste publiée au *JO* du 14 décembre 2004, p. 21227, texte n° 52).

279. Article du *Figaro* « SMS, e-mails : ces nouvelles preuves pour le divorce », 8 janvier 2009.

280. Découverte fortuite par l'époux médecin de groupes sanguins incompatibles à l'occasion d'examens faits en prévision d'une opération chirurgicale sur l'un des enfants du couple.

281. CEDH, 10 octobre 2006, L. L. c. France, requête n° 7508/02; *RTD civ.* 2007, p. 95, commentaire de J. Hauser.

une épouse, pour prouver le grief d'alcoolisme de son conjoint (et des violences qu'il générait), avait produit, outre des attestations, un compte-rendu opératoire d'une intervention subie par le mari qui faisait état de son alcoolisme. Il était reproché aux juridictions françaises d'avoir admis cette dernière preuve, en violation du droit au respect de la vie privée et du secret des données médicales. La Cour européenne a retenu qu'il y avait bien violation de l'article 8 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la mesure où, d'autres moyens de preuve étant fournis, la production du compte-rendu opératoire n'était pas nécessaire et l'ingérence dans la vie privée n'était pas proportionnée au but recherché. Dans son arrêt, elle souligne, d'une part, qu'elle accorde un rôle fondamental à la protection des données à caractère personnel et notamment aux informations relatives à la santé; d'autre part, que la procédure de divorce est « par nature une procédure au cours de laquelle des éléments de l'intimité de la vie privée et familiale des parties sont susceptibles d'être révélés, et où il est d'ailleurs de l'office du juge de s'ingérer dans la sphère privée du couple pour mettre en balance des intérêts opposés et trancher le litige qui lui est soumis ».

Une autre exception à la liberté de preuve en matière de faute de divorce est prévue par l'article 259-2 du code civil, resté inchangé en 2004. Les constats dressés à la demande d'un époux sont écartés des débats s'il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée.

Le législateur de 1975 avait principalement pour objectif de régler le constat d'adultère. Si le constat est dressé sur autorisation d'un juge, il ne peut pas porter une atteinte illicite à l'intimité de la vie privée (2<sup>e</sup> Civ., 5 juin 1985, *Bull.* 1985, II, n° 111, pourvoi n° 83-14.268; 1<sup>re</sup> Civ., 18 novembre 1992, *Bull.* 1992, I, n° 285, pourvoi n° 90-19.368) et notamment à celle du tiers au domicile duquel il intervient (1<sup>re</sup> Civ., 6 février 1979, *Bull.* 1979, I, n° 47, pourvoi n° 77-13.463). Mais, le constat ne devient pas illicite du seul fait qu'il n'a pas été autorisé par le juge, car un particulier peut saisir un huissier pour lui demander d'établir un constat. Tout dépend des circonstances et de l'objet de la constatation. Il a par exemple été jugé qu'il n'y avait pas violation de domicile ou atteinte à l'intimité de la vie privée dans le cas d'un constat dressé dans un lieu privé et sans autorisation de justice, dès lors qu'il l'avait été à la requête de l'époux dans un lieu (en l'espèce, une résidence secondaire) dont il avait la jouissance (2<sup>e</sup> Civ., 14 décembre 1983, *Bull.* 1983, II, n° 200, pourvoi n° 82-11.759).

En s'efforçant, dans les conditions qui viennent d'être décrites, d'assurer un juste équilibre entre les moyens qui sont nécessaires au conjoint pour prouver ses prétentions, et le respect de la vie privée de l'autre, la jurisprudence va, dans une certaine mesure, dans le sens de l'apaisement des conflits voulu par le législateur de 2004.

#### **2.1.1.2.2. Le droit de prendre connaissance de la vie privée d'autrui dans l'intérêt général**

En droit pénal, la manifestation de la vérité est essentielle pour l'application de la loi. Le droit de savoir qui en découle nécessite une délicate recherche d'équilibre entre des impératifs contradictoires d'importance comparable. Il s'agit ici de rechercher le juste équilibre entre la recherche de la vérité et le respect des droits des personnes.

La difficulté persistante à tracer une ligne de partage claire et constante entre ces deux objectifs qui se relativisent mutuellement, conduit à de constants ajustements, législatifs, par l'adoption de lois successives, ou jurisprudentiels, par un ensemble de décisions de la chambre criminelle, abordant explicitement ou implicitement cette problématique.

L'actualité judiciaire, sans cesse renouvelée, montre la difficulté pour la justice pénale à concilier l'exigence de la manifestation de la vérité pour la recherche des infractions à la loi pénale, au détriment le plus souvent de la liberté et de la vie privée de leurs auteurs. Cette intrusion n'est légitime qu'à la condition que soient respectés, avec une vigilance constante, les principes directeurs de notre droit. Ceux-ci ont été mis à jour de manière significative, par le législateur de 1994 pour le code pénal, et par celui de 2000 pour la procédure pénale.

Cette exigence d'une mobilisation nécessaire de tous les moyens disponibles pour assurer le respect d'une loi pénale traduit l'importance du droit constitutionnel à la sécurité; de même l'émergence d'une procédure pénale strictement tenue au respect du principe de légalité révèle une préoccupation désormais dominante pour la conformité aux normes européennes les plus représentatives d'un espace de liberté étendu.

Cette double nécessité est au cœur des travaux de la chambre criminelle, qu'il s'agisse pour elle de veiller à l'exacte application des lois nouvelles ou de la réaffirmation des principes fondamentaux de notre droit pénal.

Pour s'en tenir à la période récente, force est de constater que les nombreuses lois pénales adoptées portent toutes l'expression d'une plus grande efficacité de la justice pénale, que ce soit par exemple la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 « portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », celle n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 sur « le traitement de la récidive des infractions pénales », celle n° 2006-64 du 23 janvier 2006 sur « la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers », celles n° 2007-297 du 5 mars 2007 sur la « prévention de la délinquance » et n° 2007-291 « tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale », celle encore n° 2009-526 du 12 mai 2009 dite « de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures ».

Le point cardinal de ces dispositions est naturellement la réponse à un intérêt général supérieur, celui d'une justice pénale plus efficace. Dès lors, le droit de savoir est pour les acteurs du processus pénal l'incarnation de cet intérêt général.

Le législateur n'a cependant pas entendu en faire un principe absolu, et la définition de ses limites implique des règles du jeu pénales respectueuses des droits et principes qui sont la limite naturelle de la course aux armements répressifs qu'illustrent les lois précitées. Cette préoccupation ancienne mais particulièrement présente dans le droit positif actuel est singulièrement illustrée par la multiplication dans la loi des atteintes justifiées à la vie privée; la vie privée est devenue dans notre société un principe fondamental qui est constamment mis à l'épreuve de cet impératif de recherche de la vérité. Notre code de procédure pénale le rappelle dans ses articles 41 et suivants pour les enquêtes sous la responsabilité du parquet, et dans les articles 81 et suivants pour la phase d'instruction.

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, à défaut de donner une définition précise du droit à la vie privée, n'a pas manqué d'admettre le principe d'une

L'INFORMATION JUSTIFIÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT DE PRENDRE CONNAISSANCE  
D'UNE INFORMATION

intrusion justifiée dans la sphère privée essentiellement par des mesures coercitives prévues par la loi, mais en garantissant un accès effectif à un juge pour les personnes qui s'estimeraient anormalement victimes de ces mesures – c'est l'objet même de l'article 13 de la Convention. Ainsi l'article 8 pose dans son premier alinéa le principe du droit au respect de la vie privée et à la protection du domicile, l'alinéa 2 mentionnant la prévention des infractions pénales comme un but légitime pouvant porter atteinte au droit de l'alinéa premier. La Cour européenne des droits de l'homme veille à son application en exigeant que ces exceptions soient interprétées strictement dans le respect du principe de proportionnalité.

L'article préliminaire de notre code de procédure pénale vient préciser les principes qui doivent inspirer cette « manifestation de la vérité » qui est l'impératif premier de la justice pénale.

La chambre criminelle est donc constamment à la recherche de la conformité des procédures qui lui sont soumises à ces principes généraux comme à l'exigence de recherche de la vérité. Cet examen implique que soit passé au crible l'ensemble des mesures dérogatoires au strict respect de la vie privée que le législateur a entendu prévoir. Le contrôle de la chambre criminelle s'exerce principalement par la vérification que ces mesures attentatoires ne heurtent pas un autre principe fondamental, celui des droits de la défense. Il s'agit d'apprécier la proportionnalité de l'atteinte à la vie privée, au regard de la finalité précise de la loi pénale.

Le catalogue en expansion de telles mesures concerne ainsi tant les réquisitions demandant à un tiers communication d'informations utiles à une enquête, que l'existence de fichiers publics conservant les données personnelles, que, bien sûr, les mesures coercitives les plus généralement mises en œuvre pour la manifestation de la vérité. On pense ainsi aux perquisitions, visites domiciliaires, fouilles, interceptions de correspondance, écrite ou numérique, sonorisation et captation d'image ou encore inscription dans des fichiers publics de données personnelles.

L'examen des décisions rendues au cours de l'année écoulée sur ce thème par la chambre criminelle est révélatrice d'une volonté persévérante de réaffirmer à la fois la nécessité d'un contrôle par le juge de toute atteinte même justifiée à la vie privée, et celle d'une constante clarification des modalités de mise en œuvre de mesures si nécessaires à la manifestation de la vérité.

On peut ainsi citer, pour les captations sans consentement de paroles, l'arrêt rendu le 30 septembre 2008 (*Bull. crim.* 2008, n° 197, pourvoi n° 07-82.249) concernant le constat du caractère nécessairement illicite (par leur nature, leur objet et leur durée) d'écoutes irrégulières. Sur les sonorisations et fixations d'images, citons l'arrêt du 13 novembre 2008 (*Bull. crim.* 2008, n° 230, pourvoi n° 08-85.456) qui censure le dépassement du délai prévu par la loi pour renouveler une autorisation donnée par le juge.

La chambre criminelle a, en revanche, justifié une interception de correspondance par un arrêt du 26 juin 2007 (*Bull. crim.* 2007, n° 172, pourvoi n° 07-82.401) qui s'attache à vérifier la réalité et la portée de l'autorisation donnée par le juge, ou encore par un arrêt du 15 mai 2008 (pourvoi n° 07-84.302) qui souligne, notamment, la validité de preuves ayant été légalement obtenues. Elle a encore validé les visites domiciliaires et saisies réalisées par l'administration de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

en vérifiant leur conformité aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, elle valide également les informations tirées de la consultation de banques de données publiques et de l'exercice du droit de communication exercé par la DGCCRF (Crim., 30 juin 2010, pourvoi n° 09-84.466).

La chambre criminelle s'impose donc un contrôle strict de la légalité des atteintes à la vie privée quand celles-ci sont légitimées par l'intérêt général, donc quand elles sont mises en œuvre par les autorités répressives.

Elle vérifie d'abord l'existence d'une loi prévoyant une telle mesure, la précision des modalités de la mesure et la proportionnalité de son usage par rapport au but recherché (la nécessité d'établir une infraction). Son contrôle s'exerce de manière encore plus stricte quand les atteintes à la vie privée sont inspirées par des intérêts particuliers, et dans ce cas elle ne les admet qu'à la condition impérative que cette violation ait été indispensable à l'exercice des droits de la défense. C'est le sens par exemple de l'arrêt rendu le 19 janvier 2010 (*Bull. crim.* 2010, n° 12, pourvoi n° 09-84.408) où l'obtention de preuves de manière illicite (la production de courriers privés ou couverts par le secret professionnel) était justifiée par les besoins de la défense dans un procès en diffamation.

À ce contrôle de la conformité à nos lois et aux normes européennes des atteintes légales à la vie privée exercé par la chambre criminelle est venu s'ajouter un contrôle de la constitutionnalité. Plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) relatives au droit à la vie privée ont ainsi été examinées en 2010 par la Cour de cassation. On songe ainsi à l'arrêt rendu le 11 juin 2010 (Cass., QPC, pourvoi n° 09-88.083) où la Cour de cassation a renvoyé à l'examen du Conseil constitutionnel la question de la constitutionnalité des articles du code de procédure pénale relatifs à l'inscription au Fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG), estimant sérieux le risque d'une violation du droit au respect de la vie privée.

### **2.1.2. Le droit de savoir face aux secrets opposés par leur dépositaire : le droit de savoir et les secrets professionnels**

L'article 226-13 du code pénal permet de punir d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ». Il s'agit, en d'autres termes, de sanctionner la violation du secret professionnel. En réalité, il serait plus juste de parler *des* secrets professionnels, tant sont nombreux, et divers, les professionnels, précisés par la jurisprudence, auxquels la loi fait ainsi obligation de se taire. Mentionnons, sans souci d'exhaustivité, les médecins, les avocats, les notaires, les jurés, les banquiers, mais aussi, par exemple, les ministres du culte.

Le secret professionnel est très présent dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Mais c'est moins par les révélations intempestives, constitutives de l'infraction prévue par l'article 226-13 du code pénal, que par la délicate question de l'éventuelle levée du secret professionnel. Au fil d'une jurisprudence complexe, la chambre criminelle de la Cour de cassation détermine dans quelle mesure une personne dépositaire d'un



secret professionnel est amenée à révéler celui-ci à la demande d'un tiers (particulier ou juge) ou bien, au contraire, est fondée à opposer le secret à celui qui en demande la levée, spécialement en vue de la manifestation de la vérité judiciaire. La jurisprudence récente rend compte de la tendance du droit positif en inclinant à davantage de transparence. C'est ce que montrera l'observation, à partir de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, des secrets professionnels en général (2.1.2.1.). Cette réflexion d'ensemble sera suivie de quelques considérations relatives à des secrets professionnels en particulier (2.1.2.2.).

### **2.1.2.1. Des secrets professionnels en général (le droit de savoir et les secrets professionnels dans la jurisprudence de la chambre criminelle)**

Une illustration particulière de l'ambivalence qui caractérise le droit pénal actuel est l'articulation entre l'importance pour l'autorité judiciaire du droit de savoir, indispensable à la manifestation de la vérité, et le respect du secret que la loi a entendu protéger au bénéfice d'intérêts qu'elle reconnaît comme légitimes.

La chambre criminelle, comme pour les atteintes à la vie privée, s'est attachée à tracer une ligne de démarcation cohérente à partir des deux textes du code pénal qui définissent, l'un, l'existence de secrets protégés (c'est l'article 226-13), et l'autre, les limites légales de cette protection (c'est l'article 226-14).

La loi définit ainsi le secret professionnel comme un élément contribuant au droit à la vie privée, mais sa portée est relativisée principalement par l'existence de l'intérêt général, c'est-à-dire l'importance qu'il y a à favoriser la manifestation de la vérité, particulièrement quand elle est recherchée par les autorités auxquelles la loi a confié explicitement cette mission.

Le sens de la jurisprudence de la chambre criminelle sur ce point est bien de rappeler que l'intérêt de la manifestation de la vérité, qui touche à l'intérêt général au sens le plus large, doit primer, en principe, sur l'ensemble des intérêts plus catégoriels, mais en s'appliquant à bien vérifier que les modalités par lesquelles les différentes catégories professionnelles concernées peuvent être relevées d'un secret prévu par la loi ont été exactement appliquées.

C'est par exemple le cas du *secret médical*. Ainsi la chambre criminelle a rendu le 16 février 2010 (*Bull. crim.* 2010, n° 27, pourvoi n° 09-86.363) une décision qui, entre les droits fondamentaux que sont la protection des données personnelles médicales d'une part, et l'exercice des droits de la défense d'autre part, a implicitement confirmé l'inopposabilité du secret au juge d'instruction, mais aussi la primauté du droit de la défense qui peut justifier, pour respecter le principe du contradictoire, que ce secret ne soit pas opposable aux différentes parties. Peut être également évoqué l'arrêt rendu le 30 juin 2010 (pourvoi n° 09-81.674) qui écarte un moyen tiré de la violation du secret médical par l'administration au cours d'un contrôle fiscal, en vertu de l'indépendance des procédures pénales et fiscales, le juge pénal ne pouvant se voir opposer ce secret.

Le même raisonnement est depuis longtemps appliqué à l'égard du *secret des professions financières et commerciales*, notamment bancaires ; c'est le sens de la décision de référence

rendue le 27 avril 1994 (*Bull. crim.* 1994, n° 152, pourvoi n° 93-82.976) sur le secret bancaire (cf. *infra* l'étude particulière sur le secret bancaire).

Il en va de même à l'égard d'un *service éducatif* dont le secret portant sur les rapports de situation sur un mineur qui lui est confié est inopposable au juge des enfants ou encore au président du conseil général compétents (Crim., 8 octobre 1997, *Bull. crim.* 1997, n° 329, pourvoi n° 94-84.801).

Est également concerné le secret professionnel de l'*avocat* sur lequel la chambre criminelle a rendu en 2010 plusieurs décisions. On peut se reporter par exemple à l'arrêt de la chambre criminelle du 2 mars 2010, (*Bull. crim.* 2010, n° 40, pourvoi n° 09-88.453) où il est rappelé que le secret ne couvre que les informations qu'un avocat détient au titre de « son état ou de sa profession ». Cet arrêt est à rapprocher de la décision de la même chambre du 29 mai 1989 (*Bull. crim.* 1989, n° 218, pourvoi n° 87-82.073) qui observe que l'avocat est délié du secret professionnel pour les nécessités de sa propre défense quand il fait l'objet d'une accusation. Le même principe conduit à la solution inverse dès lors qu'il n'est pas démontré que la violation était nécessaire à l'exercice des droits de la défense, comme le montrent les décisions de la chambre criminelle du 4 décembre 2007 (pourvoi n° 07-86.086) et du 28 octobre 2008 (*Bull. crim.* 2008, n° 215, pourvoi n° 08-81.432).

Il en va de même encore du *secret des ministres du culte*. L'arrêt de référence a été rendu le 17 décembre 2002 (*Bull. crim.* 2002, n° 231, pourvoi n° 02-83.679) et confirme le caractère non absolu de ce secret. Ainsi les révélations contenues dans un document saisi dans le bureau d'un vice officiel régional sont recevables par le juge pénal après vérification qu'il n'a pas été obtenu déloyalement.

On peut ainsi relever que les questions significatives le plus souvent abordées portent sur la proportionnalité au but recherché des atteintes au secret, la chambre criminelle s'attachant à déterminer dans quelle mesure une personne dépositaire du secret peut ou doit le révéler à la demande d'un tiers (particulier ou juge), si ces secrets peuvent être levés dans un intérêt privé, et s'ils peuvent être opposés au juge pénal ou à des autorités publiques.

Deux secrets professionnels particuliers paraissent résister davantage à la primauté de la manifestation de la vérité, dans la mesure où c'est la loi qui en dispose explicitement ainsi, limitant davantage la possibilité d'appréciation du juge.

C'est le cas d'abord du *secret de la défense nationale*, défini par l'article 413-9 du code pénal, dont l'opposabilité au juge découle des règles spécifiques, rappelées notamment par une circulaire du 3 janvier 2008<sup>282</sup>. Dans son arrêt du 19 novembre 2008 (pourvoi n° 08-80.581), la chambre criminelle a eu l'occasion de rejeter un moyen contestant le principe même d'un secret défense opposable au juge qui répondrait à « des règles n'offrant pas de garanties suffisantes d'objectivité et de prévisibilité », la Cour rappelant que ces règles de classification échappaient, de par la loi, à toute contestation des juges ou des justiciables.

282. Circulaire de la DACG n° CRIM 08-01/G1 du 3 janvier 2008 relative au secret de la défense nationale, NOR : JUSD0800121C.

L'INFORMATION JUSTIFIÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT DE PRENDRE CONNAISSANCE  
D'UNE INFORMATION

C'est également le cas du *secret des sources du journaliste* prévu par l'article 109, alinéa 2, du code de procédure pénale. On peut ainsi rappeler l'arrêt rendu le 30 octobre 2006 (*Bull. crim.* 2006, n° 258, pourvoi n° 06-85.693) qui a justifié une saisie de documents au siège d'un journal en rejetant un moyen tiré de la violation du secret des sources de journalistes aux motifs que les perquisitions visaient un but légitime et qu'elles ne constituaient pas en tant que telles une atteinte au droit reconnu au journaliste à protéger ses sources. Est à noter aussi l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 4 décembre 2007 (pourvoi n° 07-86.086) qui valide une perquisition faite dans les locaux d'un journal aux motifs que cette atteinte à la liberté de la presse était en l'état légitimée parce qu'elle n'avait pas eu pour effet de violer le secret des sources dont les journalistes avaient excipé, avait été limitée dans le temps, n'avait pas porté atteinte à la profession de journaliste et n'avait pas entraîné de retard ou d'obstacle dans la diffusion de l'information. Toutefois, la loi récente n° 2010-1 du 4 janvier 2010 sur la protection du secret des sources de journalistes a réaffirmé le principe de l'opposabilité du secret des sources au juge avec à titre exceptionnel une dérogation quand l'exige « un impératif prépondérant d'intérêt public ». La chambre criminelle n'a pas encore eu l'occasion d'en mesurer l'application par les juges du fond.

Sous réserve de ces deux exceptions, le droit positif dominant, dont la jurisprudence la plus récente de la chambre criminelle est une fidèle illustration, va donc bien dans le sens d'une irrésistible évolution vers une plus grande transparence et un souci d'efficacité imposé à la justice pénale, où la vie privée de chacun s'arrêterait là où commence l'exigence de la manifestation de la vérité. Cette conception de l'intérêt général dans nos sociétés actuelles a néanmoins pour corollaire une exigence supplémentaire qui s'impose plus fortement au juge, celle de vérifier que les exceptions au secret, en passe de devenir la règle, restent respectueuses des limites que la loi a entendu leur donner afin de ne pas rendre illusoire la réaffirmation de l'indispensable survie d'un droit effectif à la vie privée.

À la lumière des plus récents développements de la jurisprudence de la chambre criminelle en la matière, on peut voir s'esquisser un nouvel équilibre qui succède à la domination de plus en plus contestée du secret héritée des anciennes traditions inquisitoires, mais également à l'affirmation d'un droit quasi absolu à la vie privée. Voici qu'émerge en effet une situation nouvelle, où la principale limite au droit de savoir, reconnu voire imposé à la justice pénale moderne, tend à devenir le respect des droits de la défense, expression d'une logique judiciaire où le contradictoire s'impose.

À ce véritable « devoir de savoir » qui est de plus en plus assigné à l'institution judiciaire, doit désormais répondre un « devoir de précaution » renforcé pour les acteurs de la justice pénale, invités à vérifier que les croissantes exceptions à tous les secrets légitimes que la loi a prévus sont mises en œuvre avec discernement, dans le respect du bloc de droits fondamentaux devenus la garantie incontestable de notre droit pénal.

À cet absolu du secret que le procureur général Dupin rappelait dans ses conclusions du 27 septembre 1839, dans une affaire d'interception de correspondances, où il rappelait que la sévérité de la sanction encourue (la dégradation civique) devait prévenir tout danger de violation, notre temps, qui est aussi celui de l'internet, rappelle la relativité d'une barrière dont le juge, en 2010 comme en 1839, doit rester le gardien, quand bien même ses obligations en la matière se sont singulièrement accrues et diversifiées.

### 2.1.2.2. De quelques secrets professionnels en particulier

Quelques observations particulières peuvent être faites au sujet du secret bancaire (2.1.2.2.1.), tandis que des précisions seront apportées au secret médical envisagé sous l'angle des rapports entre assureur et assuré (2.1.2.2.2.).

#### 2.1.2.2.1. Le secret bancaire

Le secret bancaire a déjà fait l'objet d'une étude publiée au *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2004, sous la plume de Mme Evelyne Collomp. Nous renvoyons à cette étude, qui conserve toute sa pertinence, et nous contenterons de rappeler ici les grandes lignes de la jurisprudence de la Cour de cassation, principalement de sa chambre commerciale, telles qu'elles avaient été dégagées dans cette étude, et d'analyser les arrêts qui ont depuis été rendus en la matière.

Le secret bancaire est expressément prévu aux articles L. 511-33 et L. 511-34 du code monétaire et financier. On rappellera notamment qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 511-33, « tout membre d'un conseil d'administration et, selon le cas, d'un conseil de surveillance et toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou d'un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 ou qui est employée par l'un de ceux-ci est tenu au secret professionnel ». Le second alinéa de l'article L. 571-4 du code monétaire et financier prévoit que « le fait pour les personnes mentionnées aux articles L. 511-33 et L. 511-34 de méconnaître le secret professionnel est sanctionné par les peines prévues à l'article 226-13 du code pénal ».

L'étude précitée souligne combien la chambre commerciale s'était efforcée de circonscrire aussi précisément que possible le périmètre du secret bancaire, aussi bien quant aux personnes concernées que quant aux informations couvertes par celui-ci. Ce constat reste vrai pour la jurisprudence postérieure à l'année 2004, jurisprudence au demeurant peu abondante.

S'agissant des informations couvertes par le secret bancaire, la chambre commerciale a confirmé sa jurisprudence constante, initiée par son arrêt du 8 juillet 2003 (Com., 8 juillet 2003, *Bull.* 2003, IV, n° 119, pourvoi n° 00-11.993), déjà commenté dans l'étude précitée, en jugeant de nouveau, dans un arrêt du 28 février 2006 (Com., 28 février 2006, pourvoi n° 04-17.545), que le banquier doit refuser de divulguer au tireur d'un chèque qu'il a été amené à payer les informations figurant au verso de ce chèque au motif qu'une telle divulgation porterait atteinte au secret dont bénéficient le ou les tiers bénéficiaires du titre.

Dans un arrêt du 30 mai 2007 (Com., 30 mai 2007, *Bull.* 2007, IV, n° 144, pourvoi n° 06-11.036), la chambre commerciale a fait application des mêmes principes dans une situation différente. Dans le cadre d'un litige successoral, la cour d'appel avait ordonné à la banque du *de cuius* de communiquer la date et les modalités du remboursement de bons anonymes souscrits par ce dernier. Elle avait considéré que, s'il était seulement donné connaissance aux héritiers de la date de remboursement des bons anonymes, ceux-ci sauraient que lesdits bons avaient été remboursés et connaîtraient le jour exact de cette opération, mais que cette information ne leur communiquerait pas l'identité de la personne ayant sollicité ce remboursement ni le montant des remboursements et qu'ainsi il n'y aurait divulgation d'aucune information relevant du secret bancaire. Statuant au visa de l'article L. 511-33 du

L'INFORMATION JUSTIFIÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT DE PRENDRE CONNAISSANCE  
D'UNE INFORMATION

code monétaire et financier, ensemble les articles 10 du code civil et 11 du nouveau code de procédure civile, la chambre commerciale a cassé l'arrêt attaqué au motif qu'« en statuant ainsi, alors qu'en divulguant la date de remboursement des bons de caisse, la banque portait atteinte au secret dont le porteur était le seul bénéficiaire, à l'exception du souscripteur, qui s'était dessaisi des bons, ou de ses héritiers, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Enfin, en matière de crédit confirmé, la chambre commerciale avait jugé, dans un arrêt du 25 janvier 2005 (Com., 25 janvier 2005, *Bull.* 2005, IV, n° 13, pourvoi n° 03-14.693), déjà commenté dans l'étude précitée, que « s'il était légitime d'exiger de la banque qu'elle démontre avoir délivré le crédit confirmé conformément aux engagements bénéficiant aux acquéreurs, en revanche, en tant qu'ils étaient relatifs au fonctionnement d'un compte bancaire ou susceptibles de comporter des informations dont [la banque] avait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle, les documents réclamés pour permettre d'établir la destination donnée aux fonds perçus par le promoteur pour construire la résidence inachevée étaient couverts par le secret bancaire dont le syndicat des copropriétaires [...] n'était pas bénéficiaire ». Elle a adopté la même solution dans un arrêt du 23 janvier 2007 (Com., 23 janvier 2007, *Bull.* 2007, IV, n° 7, pourvoi n° 05-18.368), après avoir souligné que la seule obligation de la banque était de délivrer l'intégralité du crédit confirmé et qu'elle n'était donc pas tenue de s'assurer de la destination des fonds.

Si les arrêts précités attestent du souci constant de la Cour de cassation d'assurer un strict respect du secret bancaire, l'arrêt de la chambre commerciale du 16 décembre 2008 (Com., 16 décembre 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 206, pourvoi n° 07-19.777) paraît se démarquer de cette tendance.

Une caution, décédée en 1999, s'était portée caution solidaire des engagements souscrits par une société au profit de la banque de cette dernière. À la suite de la liquidation judiciaire de la société en 2002, la banque créancière a réclamé aux héritiers de la caution l'exécution de l'engagement de caution, ce qu'ils ont fait. Craignant d'avoir réglé des dettes de la société nées postérieurement au décès de leur auteur et non couvertes par l'engagement de caution, les héritiers ont demandé à la banque de leur communiquer diverses pièces et informations relatives aux engagements de la société. La banque a refusé au motif qu'elle était tenue au secret bancaire. Pour rejeter la demande des cautions, la cour d'appel a retenu, d'une part, que la mesure d'instruction revendiquée, qui aurait pour effet d'enfreindre le secret bancaire prévu par l'article L. 511-33 du code monétaire et financier et opposable au juge civil, n'était pas légalement admissible au sens de l'article 145 du code de procédure civile, que la banque opposait le secret bancaire dont la société, sa cliente, était bénéficiaire sans qu'il soit établi, ni seulement allégué, qu'elle y aurait renoncé et que le secret bancaire auquel est tenu un établissement de crédit ne cesse pas avec la disparition de la personne qui en bénéficiait et, d'autre part, que les cautions ne justifiaient d'aucune qualité les autorisant à lever le secret bancaire dont bénéficiait cette société. Statuant au visa des articles 1315, 2294 du code civil, L. 511-33 du code monétaire et financier et 145 du code de procédure civile, la chambre commerciale a jugé que « dès lors qu'il appartient au banquier d'établir l'existence et le montant de la créance dont il réclame le paiement à la caution ou à ses ayants droit, ceux-ci sont en droit d'obtenir la communication par lui des documents concernant le débiteur principal nécessaires à l'administration d'une

telle preuve, sans que puisse leur être opposé le secret bancaire ». Elle a, par conséquent, cassé l'arrêt attaqué.

Il n'est pas contesté que la caution a la qualité de tiers à l'égard du secret bancaire dont bénéficie le débiteur principal. Dès lors, c'est bien une dérogation au secret bancaire au profit des cautions qu'introduit l'arrêt du 16 décembre 2008, précité. Quel en est le fondement ?

Les articles L. 511-33 et L. 511-34 du code monétaire et financier prévoient un certain nombre d'hypothèses précisément définies dans lesquelles le secret bancaire peut être levé. Mais, plus généralement, le deuxième alinéa de l'article L. 511-33 énonce que le secret bancaire est écarté dans « les cas où la loi le prévoit ». À cet égard, divers textes de loi instaurent une obligation d'information de la caution, obligeant le banquier à lui communiquer des informations normalement couvertes par le secret bancaire dont bénéficie le débiteur principal (voir les articles L. 313-22 du code monétaire et financier, L. 341-1 et L. 341-6 du code de la consommation, 2293 du code civil). Ces dispositions constituent autant d'exceptions légales au secret bancaire au profit des cautions, mais elles ne sont pas le fondement de l'arrêt du 16 décembre 2008, précité (il semble, par ailleurs, que dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, les informations que la banque avait pu communiquer au titre de son obligation légale d'information de la caution étaient insuffisantes pour permettre aux héritiers de celle-ci de vérifier s'ils n'avaient pas trop payé). La solution retenue dans l'arrêt du 16 décembre 2008, précité, est l'article 1315 du code civil, aux termes duquel « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ». De fait, juger que le secret bancaire interdit à la banque créancière de communiquer à la caution toutes informations concernant la dette du débiteur principal défaillant aurait abouti soit au rejet systématique de la demande en paiement de la banque, faute de pouvoir établir l'existence et le montant de sa créance, soit à la condamnation de la caution à payer « en aveugle », résultat inacceptable dans l'un et l'autre cas. Ainsi, l'obligation légale imposée à tout créancier de justifier de la réalité et du montant de sa créance constitue un cas prévu par la loi, au sens du deuxième alinéa de l'article L. 511-33 du code monétaire et financier, dans lequel il doit être dérogé au secret bancaire.

Ce fondement cantonne la solution retenue par l'arrêt du 16 décembre 2008 précité à la seule hypothèse dans laquelle la banque agit en paiement à l'encontre de la caution ou, comme en l'espèce, de ses ayants droit. En dehors de cette hypothèse, la seule dérogation admissible au secret bancaire au profit de la caution est celle découlant de l'obligation légale d'information des cautions qui pèse sur les établissements de crédit. Il s'ensuit également que, si la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle le secret bancaire auquel est tenu un établissement de crédit au profit de son client « ne cesse pas du seul fait que cet établissement est partie à un procès, dès lors que son contradicteur n'est pas le bénéficiaire du secret auquel le client n'a lui-même pas renoncé » (Com., 13 novembre 2003, pourvoi n° 00-19.573), n'est pas applicable aux cautions, cette jurisprudence reste valable dans les autres cas. Dès lors, l'arrêt du 16 décembre 2008, précité, ne remet pas en cause l'orientation traditionnelle de la Cour de cassation, qui assure le respect du secret bancaire.

#### **2.1.2.2.2. Le secret médical, l'assuré et l'assureur**

Il est évident que « les assureurs ont quotidiennement besoin d'informations médicales, spécialement lors de la souscription d'un contrat d'assurance vie, de prévoyance, ou d'une

complémentaire santé, ceci afin de pouvoir apprécier et tarifer le risque à couvrir en fonction de l'état de santé du souscripteur. D'une façon plus générale, le recueil de données médicales est fréquent dans toutes les assurances, lors du règlement d'un sinistre ou d'une demande de prestations, soit pour s'assurer qu'il n'y a pas eu de fausses déclarations lors de la souscription, soit, à la suite d'un accident ou d'un dommage corporel, afin d'estimer le préjudice découlant d'une invalidité ou d'un décès. Confrontés à ces besoins, les assureurs tachent d'obtenir cette information médicale soit directement auprès de l'assuré, en lui demandant par exemple de répondre à un questionnaire médical au moment de la souscription, soit en ayant recours à leurs médecins-conseils<sup>283</sup> ».

Mais l'assuré est aussi un patient, qui est titulaire d'un droit au secret médical, secret qui lie le médecin, et qui s'oppose au droit de savoir de l'assureur ou de tout tiers : il est donc difficile, pour les juridictions, de trouver l'équilibre entre le respect de ce secret médical et le devoir de loyauté dont l'assuré doit faire preuve.

Le « droit de savoir » de l'assureur est alors très limité et n'est reconnu que lorsque le juge estime illégitime le refus de l'assuré de communiquer des données de santé. Ainsi, il a été jugé que « l'assureur ne [pouvant] produire un document couvert par le secret médical intéressant le litige qu'à la condition que l'assuré ait renoncé au bénéfice de ce secret, [...] il appartient au juge, en cas de difficulté, d'apprécier, au besoin après une mesure d'instruction, si l'opposition de l'assuré tend à faire respecter un intérêt légitime<sup>284</sup> ».

## 2.2. LE DROIT DE SAVOIR DU PUBLIC

Le principe de la liberté d'expression est consacré à l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Mais en la matière c'est l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, directement invocable devant les juridictions internes, qui est le texte le plus connu, d'ailleurs très présent dans les arrêts de la Cour de cassation. Affirmant dans son premier paragraphe que « toute personne a droit à la liberté d'expression », il précise dans son second paragraphe les conditions auxquelles peuvent être apportées des restrictions à la liberté d'expression. À ce principe de la liberté d'expression sont étroitement associés la liberté des médias et le droit à l'information. À des fins d'information du public, le principe de la liberté d'expression peut justifier des atteintes à divers intérêts, comme celui de la personne dont la vie privée est révélée au public. C'est en ce sens qu'est ici évoqué le droit de savoir du public, qui désigne la mesure dans laquelle le principe de la liberté d'expression a vocation à prévaloir sur d'autres droits, à des fins de légitime information du public. Ainsi, en vertu du droit au respect de sa vie privée, une personne peut s'opposer à des révélations dans la presse d'informations concernant sa vie privée, mais si la divulgation de ces

283. B. Cerveau, « Assurance et secret médical : un cadre juridique précis, une jurisprudence bien établie », in *Gaz. Pal.* 2010, n° 44, p. 15.

284. 2<sup>e</sup> Civ., 2 juin 2005, *Bull.* 2005, II, n° 142, pourvoi n° 04-13.509 ; *Resp. civile et assurances* 2005, comm. 269, H. Groutel.

informations permet de répondre à un besoin légitime d'information du public, le droit au respect de la vie privée s'incline devant ce qui apparaît alors comme le droit de savoir du public.

Le législateur a parfois lui-même posé les critères permettant de trancher les conflits entre liberté d'expression et intérêts contraires, comme le montrent les dispositions relatives à l'exception de vérité en matière de diffamation (loi du 29 juillet 1881, article 29). Mais, le plus souvent, il appartient au juge de procéder à la balance des intérêts contraires. Le rôle de la jurisprudence en ce domaine est donc capital, puisque c'est en grande partie d'elle que proviennent les lignes directrices d'une matière dont l'importance pratique et fondamentale ne cesse d'être exacerbée par les exigences croissantes de la société de l'information. La Cour de cassation, soucieuse de favoriser la liberté d'expression sous l'influence de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, tout ne perdant pas de vue les intérêts contraires qui justifient parfois qu'une restriction soit apportée à la liberté d'expression, édifie une jurisprudence pleine de nuances, qui épouse étroitement les circonstances propres à chaque espèce. La première chambre civile de la Cour de cassation a développé une jurisprudence importante relative à la conciliation des droits de la personnalité et du droit de savoir du public (2.2.1.), tandis que dans la jurisprudence de la chambre criminelle, ce sont les incriminations prévues par la loi du 29 juillet 1881 – les fameuses infractions de presse – que croise le droit de savoir du public (2.2.2.). Il est à noter enfin que le souci d'équilibre entre liberté d'expression et intérêts contraires, sous le sceau du droit de savoir du public, s'exprime dans la jurisprudence de la chambre sociale, amenée, en matière de liberté d'expression salariale et syndicale, à donner au droit de savoir du public sa juste mesure (2.2.3.).

### 2.2.1. Droits de la personnalité et droit de savoir du public

Les droits de la personnalité tels que les envisage l'article 9 du code civil sont des droits civils qui appartiennent à la famille des droits au respect. Si la liberté de la presse jouit d'une protection constitutionnelle rattachée aux articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 par le Conseil constitutionnel depuis 1984, elle est aussi protégée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme avec, dans la jurisprudence du Conseil de même que dans celle de la CEDH, la consécration du droit de communiquer l'information, soit le droit de *dire*, ainsi que le droit de la recevoir, soit le droit de *savoir*.

Le droit de chacun au respect de sa vie privée est inscrit dans le code civil depuis 1970 et dans la Constitution depuis 1999 par un rattachement à l'article 2 de la Déclaration de 1789<sup>285</sup>. Ce droit est également protégé par la Convention européenne des droits de l'homme prise en son article 8-1 et la Cour de Strasbourg précise que la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée sont tous deux des droits fondamentaux qui méritent un égal respect.

285. Cons. const., 23 juillet 1999, Loi portant création d'une couverture maladie universelle, décision n° 99-416 DC, *Rec.*, p. 100, point 45; Cons. const., 25 février 2010, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, décision n° 2010-604 DC, *JO* du 3 mars 2010, p. 4312, point 21.



Le 24 juin 2004 dans un arrêt *Von Hannover c. Allemagne*<sup>286</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme a consacré le droit de la personne à la protection de son image en application de l'article 8 de la Convention, le rattachant, comme en France, à la vie privée. Puis le 15 janvier 2009, dans un arrêt *Reklos et Davourlis c. Grèce*<sup>287</sup>, elle a confirmé ce fondement : la vie privée est une *notion large* qui intègre le droit à l'image. Une définition en est donnée au point 40 : « L'image d'un individu est l'un des attributs principaux de sa personnalité, du fait qu'elle dégage son originalité et lui permet de se différencier de ses congénères ».

La référence à l'originalité rejoint celle de théoriciens du droit à l'image pour lesquels « la personnalité désigne [...] la personne humaine envisagée en tant qu'entité originale<sup>288</sup> ». La conséquence en est « le droit de la personne à la protection de son image [qui] constitue ainsi l'une des composantes essentielles de son épanouissement personnel et présuppose principalement la maîtrise par l'individu de son image<sup>289</sup> ».

Le consentement se trouve dès lors au cœur de la vie privée et entraîne la prérogative de refuser la diffusion de l'image et celle de s'opposer à la captation, la conservation et la reproduction de celle-ci par autrui. Ainsi peut-on constater dans cette logique la mise en échec du droit de savoir du public par les droits de la personnalité (2.2.1.1.). Mais cette mise en échec n'est que relative dès lors que diverses circonstances, opérant renversement de la tendance, justifient la primauté du droit de savoir du public sur les droits de la personnalité (2.2.1.2.).

### 2.2.1.1. La mise en échec du droit de savoir du public par les droits de la personnalité

On trouve dans la jurisprudence de la première chambre civile l'affirmation selon laquelle la vie privée d'une personne ou son image ne sont pas par nature des informations auxquelles le public aurait nécessairement accès et que l'on serait fondé à publier à ce titre<sup>290</sup>.

Il n'en reste pas moins que les nouvelles technologies, la vidéosurveillance, le fichage, la géolocalisation qui favorisent un maillage des populations jusqu'alors inédit allant du succès de Facebook jusqu'aux nouveaux dispositifs de traçage, permettent de se demander ce qui reste des libertés individuelles en 2010. Les sujets se muent en « terminaux humains », disséminent eux-mêmes les traces numériques autorisant leur suivi.

Déjà l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 prévoyait que « nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ». Cependant la loi et son application par la jurisprudence suffiront-elles, dans un avenir proche inquiétant, à défendre la vie privée, ou plutôt leur demandera-t-on encore de

286. CEDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne*, requête n° 59320/00.

287. CEDH, 15 janvier 2009, *Reklos et Davourlis c. Grèce*, requête n° 1234/05.

288. F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Manuel de droit des personnes*, 2006, PUF, p. 219.

289. CEDH, 15 janvier 2009, *Reklos et Davourlis c. Grèce*, requête n° 1234/05, point 40.

290. 1<sup>re</sup> Civ., 9 juillet 2009, *Bull.* 2009, I, n° 175, pourvoi n° 07-19.758.

le faire tant la notion de vie privée semble s'appauvrir? Alex Türk, président de la CNIL, en doute, qui prédit que « s'il est possible, dans les années qui viennent, de créer et de développer de manière commerciale des systèmes d'information nanotechnologiques qui voient, entendent, écoutent, alors [...] la vie privée [...] est annihilée. Nous allons nous formater, nous ressembler, nous cloner mentalement<sup>291</sup> ».

Un tel pessimisme est-il fondé à l'heure des caméras de surveillance des téléphones espions, des puces microscopiques, de l'ADN fiché, des empreintes digitales archivées, des fantômes enregistrés par les sites visités, des lectures connues, des opinions politiques, des détails d'un *curriculum vitae*, des éléments composant la famille volontairement révélés?

Ou bien faut-il considérer la chose d'une autre manière? « Grâce à Michel Foucault, nous savons que, de nos jours, les gens croient que leur libération exige d'eux qu'ils "disent la vérité", qu'ils se confessent à quelqu'un, un prêtre, un psychanalyste ou un blog [...]. Dire haut et fort ce que vous pensez ou ressentez [...] n'est pas seulement une option, dans le sens libéral du choix, mais une obligation, une impulsion immédiate de répondre afin d'être là, parmi les autres<sup>292</sup>. » L'espace à préserver n'est plus le même.

Sur les réseaux sociaux tels que *Facebook* ou *Twitter*, chacun soumet désormais son existence au regard de tous pour le meilleur et pour le pire. L'interconnexion générale ainsi que le succès universel des blogs et des réseaux sociaux ont dépassé les limites désormais assignées à la curiosité des uns pour « la vie des autres ». Si les informations relayées par ces nouvelles formes d'autopromotion présentent souvent un intérêt très relatif, elles ne sont pas perdues pour tout le monde : *Facebook* archive aux fins d'exploitation commerciale la quasi-totalité des échanges entre ses membres à moins que ceux-ci ne s'y opposent expressément. Il serait plus efficace que les fichiers de la police : les gens racontent toute leur vie en détail et le plus fou est que les informations données sont exactes, la plupart ne mentent pas.

Nul doute que ce nouveau contexte qui est le monde dans lequel nous vivons ne doit pas être perdu de vue. Aussi convient-il de rappeler ce que sont le droit au respect de la vie privée et le droit sur l'image (2.2.1.1.1.), avant de souligner le principe qui leur est commun, selon lequel il ne peut y avoir de révélation sur la vie privée ou de publication de l'image de la personne sans le consentement de la personne concernée (2.2.1.1.2.).

#### **2.2.1.1.1. Le droit au respect de la vie privée et le droit sur l'image**

L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme pose le principe, dans son premier alinéa, que « toute personne a droit à la liberté d'expression » et, dans son second alinéa, que « l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation

291. Cité in Cyril Frey, « La fin de la vie privée : une journée comme les autres », *La Revue* 2010, n° 4.

292. « L'anonymat n'est plus qu'une notion nostalgique », interview de Geert Lovink par M. Lechner in *Libération*, 12 janvier 2008.

L'INFORMATION JUSTIFIÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT DE PRENDRE CONNAISSANCE  
D'UNE INFORMATION

ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en application de l'article 10 de la Convention soumet les restrictions apportées à la liberté d'information aux exigences de nécessité, de prévisibilité et de proportionnalité. Ces principes et la jurisprudence empêchent de faire dépendre la licéité de la publication d'un écrit ou d'une photographie du seul ressenti de la famille.

Cette exigence se retrouve dans l'arrêt relatif à la publication de la dépouille mortelle du préfet Érignac qui a statué au regard des articles 10 de la Cour européenne des droits de l'homme relatif à la liberté d'expression et 16 du code civil assurant la primauté de la personne et interdisant toute atteinte à la dignité de celle-ci, et non sur le fondement de l'article 9 du code civil visant le droit au respect de la vie privée, l'arrêt précisant que cette décision était rendue indépendamment des motifs faisant état d'une atteinte à l'intimité et la vie privée de la famille du fait de la méconnaissance des sentiments d'affliction suscités par la période de deuil<sup>293</sup>.

Si le ressenti de la victime a été écarté dans une affaire où il constituait le centre de l'argumentation, une autre précision a été apportée, destinée à situer le débat : la relation de faits publics déjà divulgués ne peut constituer en elle-même une atteinte au respect dû à la vie privée<sup>294</sup>. En février 1969, un homme s'était retranché dans sa ferme de Cestas en Gironde avec ses trois enfants dans le but de contraindre son épouse à reprendre la vie commune, et sa fille aînée, alors âgée de 13 ans, était parvenue à s'enfuir pour rejoindre sa mère ; au cours de l'assaut donné par la gendarmerie après un siège de quinze jours, le forcené a tué un gendarme puis ses deux enfants et s'est suicidé. Trente ans plus tard, un cinéaste et un scénariste ont réalisé un film relatant ces événements en modifiant le nom des protagonistes ; estimant que le film portait atteinte à sa vie privée, la survivante de ce drame a engagé une action judiciaire. Pour entrer en voie de condamnation, la cour d'appel a retenu que l'ensemble du film, en raison de l'authenticité des scènes décrites, au regard de la relation des événements rapportés dans la presse, avait souligné non seulement les sentiments des protagonistes entre eux, mais encore leurs attitudes envers chacun et qu'il s'ensuivait qu'une telle divulgation, en elle-même licite, pour se rapporter à des faits rendus publics, constituait une immixtion dans le for intérieur de la plaignante et s'analysait en un rappel de faits et situations qui, pour lointains et anciens qu'ils soient, n'en demeuraient pas moins irrésistibles et traumatisants, et que leur évocation constituait une ingérence dans le patrimoine des souvenirs constitutifs de la vie de la plaignante et, partant, de sa personnalité. La Cour de cassation a censuré cette décision au motif que la relation de faits publics déjà divulgués ne peut constituer en elle-même une atteinte au respect dû à la vie privée.

Il avait été jugé antérieurement par la première chambre civile de la Cour de cassation que la révélation antérieure par une personne d'informations portant non seulement sur sa situation de fortune mais encore sur son mode de vie et sa personnalité, n'est pas de nature

293. 1<sup>re</sup> Civ., 20 décembre 2000, *Bull.* 2000, I, n° 341, pourvoi n° 98.13.875.

294. 2<sup>e</sup> Civ., 3 juin 2004, *Bull.* 2004, II, n° 272, pourvoi n° 03-11.533 et 1<sup>re</sup> Civ., 3 avril 2003, *Bull.* 2003, I, n° 110, pourvoi n° 99-19.852.

à en justifier la publication, sans l'accord de l'intéressé<sup>295</sup>. Mais la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France dans cette affaire pour violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>296</sup>, estimant que « les informations, une fois portées à la connaissance du public par l'intéressé lui-même, cessent d'être secrètes et deviennent librement disponibles ».

Depuis l'arrêt rendu dans l'affaire du livre *Le Grand Secret*<sup>297</sup>, relatif à la maladie d'un ancien Président de la République, il est établi qu'une divulgation illicite à l'origine, puisque faite en violation du secret médical, n'empêche pas sa reprise licite au bout de quelques mois. Le temps deviendrait-il un élément justifiant la divulgation de faits relatifs à la vie privée ?

Dans une espèce rendue dans un contexte différent<sup>298</sup> où une famille, dont l'histoire avait été publiée dans un bulletin municipal, a estimé que l'article concernant les membres de cette famille, dont certains avaient connu une longue vie d'errance et de misère et traversé une période assez agitée et où allusion était faite à des mariages consanguins et à des naissances hors mariage, commandait de s'opposer à un usage attentatoire fait selon elle de la mémoire des ancêtres pour le respect de la vie privée de leurs descendants : après avoir énoncé le principe que le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit, et n'est pas transmis à ses héritiers, la Cour de cassation a énoncé que justifiait légalement sa décision la cour d'appel qui avait rejeté la demande en réparation du préjudice causé par la publication de l'article consacré à leur famille, en relevant que le texte litigieux, à vocation historique, s'appuyait sur des documents dont la consultation est libre et ne concernait que des personnes décédées, sans que soient cités les demandeurs, de sorte qu'aucune atteinte à la vie privée dans sa dimension familiale n'était établie.

Quand l'atteinte au respect de la vie privée d'une personne est postérieure à son décès, la jurisprudence tend ainsi à admettre que si la protection de la vie privée subsiste un certain temps après la mort, elle s'efface après cette période devant la liberté de l'historien ou du critique et le maintien de la protection n'est pas assuré à l'égard des proches du défunt. Il leur reste à agir non pas en leur qualité d'ayants cause mais en leur nom personnel : il résulte de l'arrêt concernant la publication des souvenirs du médecin personnel d'un ancien Président de la République, décédé<sup>299</sup>, que si les héritiers de ce dernier ne peuvent agir en réparation du préjudice causé par l'atteinte à la vie privée du défunt, dès lors que le droit d'agir pour le respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit, ils peuvent en revanche demander réparation du préjudice que les mêmes faits ont causé à leur propre vie privée.

295. 1<sup>re</sup> Civ., 30 mai 2000, *Bull.* 2000, I, n° 167, pourvoi n° 98-14.610.

296. CEDH, 23 juillet 2009, Hachette Filipacchi Associés (« Ici Paris ») c. France, requête n° 12268/03.

297. CEDH, 18 mai 2004, Éditions Plon c. France, requête n° 58148/00.

298. 2<sup>e</sup> Civ., 8 juillet 2004, pourvoi n° 03-13.260.

299. 1<sup>re</sup> Civ., 14 décembre 1999, *Bull.* 1999, I, n° 345, pourvoi n° 97-15.756.

Quelques arrêts anciens viennent illustrer cette position qui a varié au cours des années. Dans une affaire où Charlie Chaplin était le demandeur<sup>300</sup>, il a été dit que quelle que soit la personne, des renseignements relatifs à ses ascendants, conjoints et descendants relèvent en tout état de cause de sa vie privée. Dans une affaire concernant Pauline Carton, il a été jugé que la mort ne saurait avoir pour effet de faire tomber la vie privée d'un défunt dans le domaine public et que le descendant de celle à la vie privée de laquelle il avait été porté atteinte était en droit de faire sanctionner la faute. En retrait par rapport à cette jurisprudence de cour d'appel, un arrêt de la même cour<sup>301</sup> a pris en considération la liberté d'information et d'expression de l'historien et du critique et rappelé que l'article 9 du code civil souffre certaines limites lorsqu'il s'agit de personnes appartenant à la vie publique et que l'étendue de la protection de la vie privée d'un défunt décroît avec le temps ; lorsque la petite-fille de George Sand a agi en dommages et intérêts contre l'auteur qui, dans une biographie, avait énuméré ses nombreux amants, elle a été déboutée au motif que, sans intention malveillante, l'auteur avait fait œuvre d'historien. En revanche, un journal ayant en 1849, soit l'année de la mort de Mme Récamier, promis à ses lecteurs la publication de lettres de Benjamin Constant à Mme Récamier, la nièce de cette dernière a engagé une procédure pour s'y opposer et eut satisfaction (sans doute grâce à la concomitance entre le décès et le procès). Déjà, dans une affaire qui opposait le poète Aragon aux héritiers du peintre Matisse, il a été décidé qu'un descendant, s'il ne peut valablement agir en réparation de l'atteinte à la vie privée de son ascendant, peut agir en réparation de l'atteinte que cause à sa propre vie privée la révélation de renseignements concernant ses ascendants.

Traditionnellement, les éléments identificateurs de la personne sont son numéro de téléphone, son nom de naissance<sup>302</sup>, son domicile (et l'intérieur de ce dernier<sup>303</sup>), son corps, sa santé (physique ou psychique), sa vie (familiale et sentimentale), ses appartenances (religieuses ou philosophiques), ses loisirs, son patrimoine et son salaire<sup>304</sup>. L'image, quant à elle, est la reproduction par photographie, dessin, film de tout ou partie du corps de la personne<sup>305</sup>.

La relativité de la protection de ces notions se mesure à l'aune de ce que devient la vie privée grâce aux moyens modernes d'information et de communication, mais, pour rester dans le domaine traditionnel de la défense juridique de ces droits, il faut admettre que la notoriété d'un fait d'une part, et le consentement exprès ou tacite qui peut être donné d'autre part, constituent des faits justifiant que ces droits au respect bénéficient d'une moindre protection. Si le domaine de la vie privée s'agrandit, le problème de sa protection n'en demeure pas moins réel. Mais diffuser largement sa vie privée, c'est aussi renoncer à sa protection.

300. CA Paris, 17 décembre 1973, *D.* 1976, p. 120, note R. Lindon.

301. CA Paris, 21 décembre 1977.

302. 1<sup>re</sup> Civ., 7 mai 2008, *Bull.* 2008, I, n° 126, pourvoi n° 07-12.126.

303. 1<sup>re</sup> Civ., 7 novembre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 466, pourvoi n° 05-12.788.

304. 1<sup>re</sup> Civ., 7 février 2006, *Bull.* 2006, I, n° 59, pourvoi n° 04-10.941.

305. 1<sup>re</sup> Civ., 5 décembre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 534, pourvoi n° 06-13.350 et 1<sup>re</sup> Civ., 21 mars 2006, *Bull.* 2006, I, n° 170, pourvoi n° 05-16.817.

### **2.2.1.1.2. Le principe commun : pas de révélation sur la vie privée ou de publication de l'image de la personne sans le consentement de la personne concernée**

Si le droit à l'image se rattache bien, comme le fait la Cour européenne des droits de l'homme, à la vie privée, il s'en distingue cependant en ce qu'il constitue un droit de la personnalité auquel il peut être porté atteinte.

Deux arrêts récents en sont la révélation. Dans l'un, il a été fait droit à la demande de Charles Aznavour<sup>306</sup> qui invoquait son droit à l'image pour s'opposer à la reproduction d'une photographie représentant l'artiste qui illustrait la pochette d'un coffret de disques de ses chansons, motif pris de ce que « l'utilisation de l'image d'une personne pour en promouvoir les œuvres doit avoir été autorisée par celle-ci, [...] peu important l'absence d'atteinte à la vie privée de l'intéressé ». L'autre arrêt<sup>307</sup> a donné gain de cause à Henri Salvador dans une affaire semblable où l'image est protégée indépendamment de l'atteinte à la vie privée, puisque « chacun ayant le droit de s'opposer à la reproduction de son image hormis le cas de l'exercice de la liberté d'expression, [...] la reproduction de la photographie de l'artiste sur la jaquette d'une compilation [...] était soumise à autorisation préalable ».

Il s'en déduit que la participation volontaire de personnes atteintes d'une maladie à une émission télévisée ayant pour objet de sensibiliser le public à celle-ci n'implique pas un consentement des intéressés à voir reproduite dans un livre leur photographie prise en la circonstance et sur laquelle ils demeurent identifiables, l'utilisation du cliché, fût-elle destinée à illustrer une étude d'intérêt général relative à l'affection en cause, étant faite dans un contexte différent<sup>308</sup>.

Quiconque peut s'opposer à la diffusion de son image faite sans autorisation et choisir le support adapté à cette fin (1<sup>re</sup> Civ., 2 mars 2004, pourvoi n° 01-01.619). L'utilisation ne peut pas dépasser l'autorisation donnée (2<sup>e</sup> Civ., 4 novembre 2004, *Bull.* 2004, II, n° 487, pourvoi n° 02-15.120). L'accord doit être suffisamment précis et l'autorisation donnée parfaitement respectée. Le consentement donné ne peut pas être repris : l'acceptation sans réserve d'être filmé ou interrogé sans aucune restriction par une équipe de télévision préparant un reportage et le consentement donné à la diffusion ultérieure dans une émission, pourvu que l'utilisation soit faite conformément à l'utilisation convenue<sup>309</sup>, sont les éléments qui justifient les révélations contenues dans le reportage.

La Cour de cassation a eu à connaître d'affaires aux confins du droit civil et du droit de la propriété intellectuelle<sup>310</sup>. Une comédienne, mannequin et présentatrice de télévision, avait permis à un photographe célèbre de la photographier nue et d'utiliser les clichés ainsi pris

306. 1<sup>re</sup> Civ., 9 juillet 2009, *Bull.* 2009, I, n° 175, pourvoi n° 07-19.758.

307. 1<sup>re</sup> Civ., 24 septembre 2009, *Bull.* 2009, I, n° 184, pourvoi n° 08-11.112.

308. 1<sup>re</sup> Civ., 24 octobre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 438, pourvois n° 04-17.963 et 04-17.560 et 1<sup>re</sup> Civ., 14 juin 2007, *Bull.* 2007, I, n° 236, pourvoi n° 06-13.601.

309. 2<sup>e</sup> Civ., 4 novembre 2004, *Bull.* 2004, II, n° 487, pourvoi n° 02-15.120; 1<sup>re</sup> Civ., 7 mars 2006, *Bull.* 2006, I, n° 139, pourvoi n° 04-20.715; 1<sup>re</sup> Civ., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-21.475 ainsi que 1<sup>re</sup> Civ., 15 février 2005, *Bull.* 2005, I, n° 86, pourvoi n° 03-18.302.

310. 1<sup>re</sup> Civ., 20 mars 2007, *Bull.* 2007, I, n° 125, pourvoi n° 06-10.305.

L'INFORMATION JUSTIFIÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT DE PRENDRE CONNAISSANCE  
D'UNE INFORMATION

d'elle, à toutes fins d'édition, de publication ou d'exposition, avec autorisation de cessions desdits droits. Un livre d'art avait été publié, qui, accompagné du texte original d'un tiers, reproduisait des photographies de femmes nues saisies dans divers intérieurs. Deux clichés représentant la comédienne, l'un d'eux ayant depuis figuré dans diverses expositions, faisaient l'objet de la couverture de la dernière édition de l'ouvrage. Ayant demandé des dommages-intérêts pour l'utilisation de son image sans autorisation valable ni contrepartie financière, le modèle en a été débouté au motif qu'elle ne pouvait réclamer une rémunération non prévue par les usages ou les accords initiaux, et que ces derniers, suffisamment précis et parfaitement respectés quant à l'autorisation donnée, et dont la nullité pour généralité ou perpétuité n'était pas demandée, ne pouvaient être remis en cause par le succès de la réalisation intervenue.

Dans un arrêt récent<sup>311</sup>, une société, par contrat du 4 juin 1999, avait acquis les droits de reproduction de quatre-vingt-quatre photographies d'une jeune femme qui avait cédé au photographe ses droits de les utiliser dans les termes suivants : « le modèle cède au photographe le droit d'utiliser son image résultant des photographies prises [...] la semaine du 10 au 17 mai à la Martinique. La présente cession est accordée sans limitation de durée ni de lieu pour tout usage national ou international [...]. Le modèle autorise le photographe à procéder par tous procédés connus ou inconnus à ce jour et sur tous supports (presse, édition, publicité, etc.) à toute reproduction des photographies dont il s'agit en tel nombre qui lui plaira et toute exploitation commerciale et notamment publicitaire des photographies dont il s'agit par le photographe ou ses ayants droit. Le photographe veillera à ce que les photographies ne soient pas utilisées dans le cadre d'articles pouvant porter préjudice au modèle (prostitution, sida, etc.). En contrepartie de la cession au photographe d'utiliser son image, le modèle percevra la somme forfaitaire et définitive de 15 000 francs (ici se trouve une astérisque avec la précision suivante : net pour trois jours de travail payés par l'intermédiaire de l'agence [...]) étant précisé que le modèle renonce expressément à toute rémunération proportionnelle compte tenu, notamment, de ce que la base du calcul d'une participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée ». Le modèle ayant poursuivi l'indemnisation du préjudice subi à la suite de l'utilisation de son image sur des sites internet, des documents publicitaires sans son autorisation, la Cour de cassation a décidé qu'il avait été librement consenti à la reproduction de clichés précisément identifiés reproduisant l'image, de sorte que l'autorisation ainsi donnée à l'exploitation de celle-ci n'était pas illimitée.

Le consentement peut être tacite. En est l'illustration un arrêt rendu par la deuxième chambre civile<sup>312</sup> : une société, spécialisée dans le commerce des costumes de mariage, ayant passé commande auprès d'un photographe de clichés pour illustrer un catalogue, une cour d'appel qui retient que l'autorisation de publier la photographie d'un mannequin professionnel peut être présumée, a pu déduire des circonstances de la prise de vue et des attestations de témoins, que ce mannequin ne pouvait avoir aucun doute sur le fait que la photographie figurerait dans un catalogue d'habits de mariés et, dans la mesure où l'exploitation des prises de vue avait été réalisée uniquement au profit de la société, pour la collection 1998-1999

311. 1<sup>re</sup> Civ., 28 janvier 2010, *Bull.* 2010, I, n° 21, pourvoi n° 08-70.248.

312. 2<sup>e</sup> Civ., 4 novembre 2004, *Bull.* 2004, II, n° 487, pourvoi n° 02-15.120; cf. également 1<sup>re</sup> Civ., 7 mars 2006, *Bull.* 2006, I, n° 139, pourvoi n° 04-20.715.

dans le cadre du catalogue, reproduit sur le site internet, qu'il avait consenti à la diffusion et à l'exploitation des photographies le représentant.

Chacun peut donc s'opposer à la réalisation et à la diffusion non autorisées de son image ou au contraire les autoriser par avance!

Les liens entre la vie privée et la publication de l'image sont tels que lorsque la publication d'une image sert d'illustration à un article attentatoire à la vie privée, elle est nécessairement absorbée par le principal, c'est-à-dire illicite elle aussi.

Il a été ainsi jugé<sup>313</sup> que la divulgation par titre de presse d'un fait présenté comme relevant de la vie privée porte atteinte à la personne qui s'en prévaut, peu important que l'objet réel de l'information soit tout autre et accessible au lecteur qui se reporte aux développements intérieurs de la publication. La reproduction d'une photographie illustrant une information illicite de vie privée méconnaît le droit de la personne concernée au respect de son image.

Il a été aussi décidé que<sup>314</sup> la fille mineure d'une famille princière ayant été l'objet d'un article, publié dans un hebdomadaire, dressant son portrait et illustré par plusieurs photographies, viole l'article 9 du code civil la cour d'appel qui rejette les demandes relatives à l'atteinte au droit au respect de la vie privée et au droit au respect de l'image de cette mineure, alors, d'une part, que celle-ci, âgée de 13 ans lors de la parution de l'article, ne remplissait aucune fonction officielle et n'était impliquée dans aucun événement d'actualité dont l'importance eût justifié la publication d'informations concernant exclusivement sa vie privée et alors, d'autre part, qu'illustrant un article portant atteinte au droit au respect de sa vie privée, la publication des photographies, sans son consentement, portait *nécessairement* atteinte au respect de son droit à l'image.

La diffusion de l'image d'un mort obéit à d'autres règles et revêt un aspect particulier dès lors que le consentement ne peut plus être exprimé. En effet, les droits de la personnalité sont attachés à la personne et disparaissent à son décès.

La première chambre civile<sup>315</sup> a été saisie d'une affaire relative à la reproduction de la photographie de Gérard Lamasine, décédé en 1977, photo vendue par un photographe professionnel à l'éditeur d'une pochette de disque. La famille, s'estimant lésée par l'utilisation de son image, reprochait à une cour d'appel de l'avoir déboutée de sa demande d'indemnisation au titre de l'utilisation de la photographie à des fins commerciales. La première chambre civile a énoncé « que le droit d'agir pour le respect de la vie privée ou de l'image s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire de ce droit ».

À l'occasion de la publication de l'ouvrage intitulé *Gabin hors champ*, la question s'est posée de savoir si les proches d'une personne décédée peuvent s'opposer à la reproduction de l'image du défunt. La Cour de cassation a posé comme règle<sup>316</sup> que « si les proches d'une personne peuvent s'opposer à la reproduction de son image après son décès, c'est à la

313. 1<sup>re</sup> Civ., 7 mars 2006, *Bull.* 2006, I, n° 141, pourvoi n° 05-10.488.

314. 2<sup>e</sup> Civ., 25 novembre 2004, *Bull.* 2004, II, n° 506, pourvoi n° 03-10.954.

315. 1<sup>re</sup> Civ., 15 février 2005, *Bull.* 2005, I, n° 86, pourvoi n° 03-18.302.

316. 1<sup>re</sup> Civ., 22 octobre 2009, *Bull.* 2009, I, n° 211, pourvoi n° 08-10.557.



condition d'en éprouver un préjudice personnel établi, déduit le cas échéant d'une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort ». Cette suggestion figurait dans un arrêt rendu par la deuxième chambre civile<sup>317</sup>.

### **2.2.1.2. La primauté du droit de savoir du public sur les droits de la personnalité**

Depuis quelques années, tant le Conseil constitutionnel que la Cour européenne des droits de l'homme soulignent l'importance de prendre en compte le droit de savoir du public. Les événements d'actualité, les débats d'intérêt général constituent, notamment, les informations auxquelles le public a nécessairement accès, au titre non seulement de la liberté d'expression mais du droit de savoir. Ce droit n'est cependant pas absolu et trouve ses limites dans les atteintes qui peuvent être portées à la protection de la vie privée.

Si la liberté de la presse justifie la publication de l'image d'une personne directement impliquée dans un événement d'actualité sans son consentement, encore faut-il, d'une part, que cette implication soit démontrée – et le soit même directement<sup>318</sup> – et, d'autre part, qu'il n'y ait aucune atteinte à la dignité de la personne.

#### **2.2.1.2.1. Le droit de savoir du public primant le droit au respect de la vie privée**

L'espace public créé par les nouveaux modes de communication implique l'absence de contrôle de la publication puisque tout est public. Il n'en reste pas moins que la lutte contre l'anonymat est engagée qui est destinée à une réappropriation de cet espace. Enfin la modification des paramètres de confidentialité a mis le feu aux poudres et les utilisateurs n'hésitent pas à faire reculer le réseau.

Les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression revêtant, eu égard aux articles 8 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et 9 du code civil, une identique valeur normative, font devoir au juge de rechercher leur équilibre et le cas échéant de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime<sup>319</sup>.

Il s'ensuit que la publication de la photographie d'une personne n'est pas licite dès lors qu'elle avait pour objet d'illustrer un article concernant un événement d'actualité dans lequel cette personne n'était pas impliquée<sup>320</sup>. Pour illustrer une rubrique relative au dopage dans le milieu du sport cycliste, une société de télévision avait diffusé une photographie prise à l'arrivée d'une course hippique représentant deux des personnes mises en cause dans une affaire de dopage aux côtés de particuliers qui se sont plaints de la diffusion de cette photographie, sur le fondement de l'article 9 du code civil. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi

317. 2<sup>e</sup> Civ., 8 juillet 2004, *Bull.* 2004, II, n° 390, pourvoi n° 03-13.260.

318. 1<sup>re</sup> Civ., 7 mai 2008, *Bull.* 2008, I, n° 126, pourvoi n° 07-12.126.

319. 1<sup>re</sup> Civ., 9 juillet 2003, *Bull.* 2003, I, n° 172, pourvoi n° 00-20.289 et 1<sup>re</sup> Civ., 23 avril 2003, *Bull.* 2003, I, n° 98, pourvoi n° 01-01.851.

320. 2<sup>e</sup> Civ., 30 juin 2004, *Bull.* 2004, II, n° 341, pourvoi n° 03-13.416.

dirigé contre l'arrêt d'appel qui avait relevé que la photographie des conjoints X... prise sur un champ de course avait été utilisée pour illustrer un sujet traitant du dopage dans le milieu cycliste, que le fait que M. X... ait entraîné des chevaux appartenant aux personnes mises en cause ne suffisait pas à établir un lien entre la photographie des conjoints X... et l'événement d'actualité constitué par le dopage dans le milieu cycliste, milieu auquel ils sont étrangers, et qui en a déduit que le contexte de l'utilisation de cette photographie étant étranger à celui dans lequel elle avait été prise, sa diffusion sans l'accord des intéressés portait atteinte à leur droit au respect de leur image.

De même, caractérise une utilisation détournée de l'image et justifie légalement sa décision la cour d'appel qui retient que la publication, pour illustrer un article évoquant la maternité proche d'une actrice, d'un cliché la représentant avec un bébé dans les bras, tiré du dossier de presse constitué lors du tournage de l'épisode d'un téléfilm diffusé plus de deux années auparavant, avait un objet autre que celui pour lequel l'autorisation de publication avait été donnée<sup>321</sup>.

Met en œuvre la recherche d'équilibre qu'il lui incombait de mener entre la liberté d'expression ou d'information et le respect dû à la vie privée, l'arrêt qui dit justifiées par la notoriété et la popularité d'un artiste les narrations de l'événement d'actualité qu'avait constitué un accident de santé dont celui-ci avait été victime, divulgué par des communiqués de presse émanés des autorités hospitalières ou de famille, mais juge que l'organe de presse a excédé les limites de la légitime information du public en évoquant, de façon vraie ou supposée, des circonstances factuelles ayant entouré un autre accident antérieur de plusieurs années, et le comportement alors adopté par l'entourage le plus proche<sup>322</sup>.

Enfin, si le respect dû à la vie privée et celui dû à l'image constituent des droits distincts, est licite la publication dans la presse d'une photographie, prise dans un lieu public pour illustrer un article consacré à l'actualité à propos d'une reconstitution sur laquelle figurent, d'une manière accessoire, les personnes qui se trouvaient impliquées dans l'événement par l'effet des circonstances tenant exclusivement à leur vie professionnelle<sup>323</sup>.

La relation de l'actualité (événementielle, judiciaire, économique, sociale) et l'enquête sur un sujet d'intérêt général constituent ce qu'il est convenu d'appeler l'information légitime du public et permettent de passer outre le consentement des intéressés. En fournissent des exemples l'explication donnée qu'une personne décédée de mort violente laisse sa famille dans une situation financière difficile<sup>324</sup>, la photographie de personnes saisies par l'effet de leur vie professionnelle, comme des policiers procédant à une expulsion<sup>325</sup> ou procédant à une reconstitution ou à des constatations<sup>326</sup>, ou concernées par une cérémonie officielle<sup>327</sup>.

321. 2<sup>e</sup> Civ., 19 février 2004, *Bull.* 2004, II, n° 73, pourvoi n° 02-12.742.

322. 1<sup>re</sup> Civ., 16 mai 2006, *Bull.* 2006, I, n° 247, pourvoi n° 04-10.359.

323. 1<sup>re</sup> Civ., 10 mai 2005, *Bull.* 2005, I, n° 206, pourvoi n° 02-14.730.

324. 2<sup>e</sup> Civ., 20 novembre 2003, *Bull.* 2003, II, n° 354, pourvoi n° 02-12.297.

325. 1<sup>re</sup> Civ., 20 février 2001, *Bull.* 2001, I, n° 43, pourvoi n° 99-15.970.

326. 1<sup>re</sup> Civ., 25 janvier 2000, *Bull.* 2000, I, n° 27, pourvoi n° 97-15.163.

327. 1<sup>re</sup> Civ., 7 mars 2006, *Bull.* 2006, I, n° 140, pourvoi n° 05-16.059.

L'INFORMATION JUSTIFIÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT DE PRENDRE CONNAISSANCE  
D'UNE INFORMATION

Si l'on s'accorde sur le principe de la liberté de l'information d'actualité, selon la Cour européenne des droits de l'homme<sup>328</sup>, la marge d'appréciation de l'État est plus large pour la presse populaire (dite *people*) que pour celle qui participe ou contribue au débat d'intérêt général. La jurisprudence a tracé des lignes directrices et mis une borne à l'exercice en se prévalant du principe de dignité.

En ce qui concerne la liberté de l'information d'actualité, le spectre de l'atteinte à la vie privée est toujours présent<sup>329</sup>. Un journal ayant fait paraître un article relatant le décès d'une personne brûlée, dans son garage, par l'incendie de sa voiture, précisant que la victime était dépressive, que son corps portait des blessures par arme blanche et qu'un couteau en partie calciné avait été retrouvé, et se terminant par la question « crime ou suicide ? », ne fait que répondre au besoin d'information du public relativement à un fait divers sans qu'il soit porté atteinte à la vie privée de l'épouse de la personne concernée et de ses enfants, dès lors que l'article ne comportait aucune information sur eux.

Le départ entre la vie publique au nom de l'information légitime du public sur l'actualité judiciaire et la vie privée d'un protagoniste doit être fait. Ainsi, une cour d'appel décide exactement que si l'actualité judiciaire permet la publication de faits relatifs à une personne mise en examen et sous mandat d'arrêt, elle n'autorise pas la divulgation de propos ou sentiments relevant de sa vie familiale, ni celle de photographies prises dans ce contexte, les uns et les autres s'avérant sans rapport avec l'information légitime du public<sup>330</sup>.

L'enquête d'intérêt général (encore que l'on puisse fortement critiquer l'apanage des juridictions, même européennes, à se faire juge de ce qui constitue un sujet d'intérêt général et que la frontière peut apparaître ténue entre le respect au titre de la vie privée des appartenances philosophiques ou religieuses et la révélation des responsabilités exercées au sein d'organismes ou de connivences suspectes et la mise à jour de réseau d'influence qui paraît nécessaire dans une démocratie<sup>331</sup>) concerne, par exemple, la révélation du montant global chiffré de la fortune des cent français les plus riches et de leur identité, pourvu qu'elle ait lieu lors d'une enquête de journalistes sur le sujet de la répartition nationale des richesses. La consistance ou l'origine héréditaire des principaux biens, leur localisation sur le territoire seraient attentatoires à la vie privée<sup>332</sup>.

La Cour de cassation a jugé que le respect dû à la vie privée de chacun n'est pas atteint par la publication de renseignements d'ordre patrimonial ne comportant aucune allusion à la personnalité des intéressés<sup>333</sup>, mais il a été répondu dans des termes différents à la question

328. CEDH, 23 juillet 2009, Hachette Filipacchi Associés (« Ici Paris ») c. France, requête n° 12268/03.

329. 2<sup>e</sup> Civ., 20 novembre 2003, *Bull.* 2003, II, n° 354, pourvoi n° 02-12.297.

330. 1<sup>re</sup> Civ., 12 juillet 2005, *Bull.* 2005, I, n° 330, pourvoi n° 04-11.068.

331. 1<sup>re</sup> Civ., 24 octobre 2006, *Bull.* 2006, I, n° 437, pourvoi n° 04-16.706.

332. 1<sup>re</sup> Civ., 20 novembre 1990, *Bull.* 1990, I, n° 257, pourvoi n° 89-13.049; 1<sup>re</sup> Civ., 20 octobre 1993, *Bull.* 1993, I, n° 295, pourvoi n° 91-20.580; 1<sup>re</sup> Civ., 30 mai 2000, *Bull.* 2000, I, n° 167, pourvoi n° 98-14.610.

333. 1<sup>re</sup> Civ., 4 octobre 1989, *Bull.* 1989, I, n° 307, pourvoi n° 87-19.658; 1<sup>re</sup> Civ., 20 novembre 1990, *Bull.* 1990, I, n° 257, pourvoi n° 89-13.049; 1<sup>re</sup> Civ., 28 mai 1991, *Bull.* 1991, I, n° 173, pourvoi n° 89-19.818 et 1<sup>re</sup> Civ., 20 octobre 1993, *Bull.* 1993, I, n° 295, pourvoi n° 91-20.580.

de savoir si l'information en cause était relative à la vie privée et si l'atteinte à la vie privée était justifiée par un intérêt légitime<sup>334</sup>. Cependant la révélation par voie de presse des montants des salaires des personnes privées lorsque leurs évolutions sont liées aux difficultés notoires du groupe de presse auquel elles appartiennent est légitime<sup>335</sup>.

La jurisprudence admet l'inclusion des informations patrimoniales dans la notion de vie privée. Mais affirmer que la divulgation d'une information patrimoniale est une atteinte à la vie privée n'implique pas pour autant l'absolutisme de l'article 9 du code civil et le sacrifice corollaire de la liberté d'expression : il s'agit donc de déterminer les circonstances concrètes permettant d'apprécier la légitimité de l'atteinte, telles que l'information du public.

Eu égard au contenu de la publication, le départ entre le droit au respect de la vie privée et le droit à l'information du public s'apprécie en fonction de deux types de critères, les uns subjectifs, les autres objectifs.

Parmi les premiers, est prise en considération la notoriété ou le caractère public de la personne victime de la divulgation, mais s'il est incontestable que certaines informations relatives à la vie privée de personnes exerçant une activité publique sont susceptibles d'intéresser le public, ce critère ne permet cependant pas d'opérer une sélection des informations pouvant être légitimement rendues publiques, légitimité dont l'appréciation est variable selon les circonstances concrètes. Parmi les seconds sont l'utilité, la nécessité, l'actualité de l'information qui doit apporter une contribution à un débat public relatif à une question d'intérêt général.

Dans l'affaire relative à la divulgation du salaire des salariés de la chaîne « Canal plus », cette divulgation n'avait pas pour but de porter préjudice à leur réputation puisqu'elle ne comportait aucune information autre que l'indication du salaire mensuel et ne faisait allusion ni à leur personne, ni à leur vie personnelle. La Cour de cassation a estimé que le montant des sommes versées au titre des rémunérations du travail était à l'évidence un élément de vie privée, mais cette divulgation constituait un fait d'actualité sociale qui a secoué gravement la chaîne de télévision « Canal plus ». Ce fait méritait donc d'être relaté et porté à la connaissance du public et c'est légitimement qu'a été donnée la priorité au droit à l'information concernant la contradiction pouvant exister entre la poursuite d'un plan social et la décision d'augmenter fortement les salaires des cadres et dirigeants de la société, sur le droit à la vie privée du salarié. S'il doit être admis, conformément à la jurisprudence, que la vie privée de ces salariés a été atteinte par la divulgation du montant de leur salaire, la justification de l'atteinte à la vie privée réside dans le rapport que doit avoir l'information divulguée avec la légitime information du public sur un sujet d'actualité et, en l'occurrence, que la diffusion de l'information patrimoniale est proportionnée au but légitime poursuivi et que les motifs fournis pour la justifier sont pertinents et suffisants.

334. 1<sup>re</sup> Civ., 19 décembre 1995, *Bull.* 1995, I, n° 479, pourvoi n° 93-18.939; 1<sup>re</sup> Civ., 6 mars 1996, *Bull.* 1996, I, n° 124, pourvoi n° 94-11.273 et 1<sup>re</sup> Civ., 30 mai 2000, *Bull.* 2000, I, n° 167, pourvoi n° 98-14.610.

335. 1<sup>re</sup> Civ., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-18.452.

### **2.2.1.2.2. Le droit de savoir du public primant le droit sur l'image**

Le droit du public à l'information par l'image participe non seulement à une plus grande libéralisation des images mais contraint également leur libre diffusion pour garantir la légitime information du public.

Différents droits sur l'image ont été reconnus : les personnes qui y sont représentées peuvent s'opposer à la diffusion de celles qui portent atteinte à leur dignité, qui dénaturent leur personnalité ou qui sont reproduites sans leur consentement. L'auteur de l'image ainsi que l'auteur d'une œuvre reproduite sur une image peuvent invoquer l'atteinte portée à leur droit de propriété immatérielle. La reconnaissance des droits voisins de l'artiste-interprète, de l'entreprise de communication audiovisuelle et du producteur de vidéogramme et du quasi-droit voisin de l'organisateur d'événements sportifs a augmenté le nombre des images protégées. Seuls les propriétaires d'un bien matériel et d'une marque ne peuvent en tant que tels contrôler l'utilisation faite de l'image de leur bien ou de leur marque. Ces différents droits qui peuvent empêcher la diffusion de certaines images se heurtent au droit du public à prendre connaissance des images utiles à son information.

Le principe de la liberté de la presse implique le libre choix des illustrations d'un débat général de phénomène de société sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine<sup>336</sup>. Depuis l'arrêt du 20 décembre 2000<sup>337</sup> aux termes duquel il a été considéré que « la photographie publiée représenta[n]t distinctement le corps et le visage du préfet assassiné [...] était attentatoire à la dignité de la personne humaine, [et] qu'une telle publication était illicite », différentes décisions ont permis de cerner la notion d'atteinte à la dignité de la personne humaine susceptible de restreindre la liberté d'information.

Érigée en principe à valeur constitutionnelle depuis le 27 juillet 1994, cette notion sert de guide à la jurisprudence et, paradoxalement, à peine énoncé, ce principe ne sera pas retenu avant l'arrêt rendu dans l'affaire Halimi le 1<sup>er</sup> juillet 2010<sup>338</sup>.

Dans celle de l'attentat survenu à la station de RER Saint-Michel, la Cour de cassation<sup>339</sup>, après avoir rappelé que « la liberté de communication des informations autorise la publication d'images de personnes impliquées dans un événement, sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine », a considéré que méconnaît cette règle, la cour d'appel qui juge illicite la publication de la photographie d'une personne victime d'un attentat, sur le seul fondement du droit de cette personne à son image, alors qu'ayant retenu exactement que la liberté d'expression et les nécessités de l'information légitimaient le compte rendu de l'événement, elle a relevé que la photographie « dépourvue de recherche du sensationnel et de toute indécence [...] ne portait pas atteinte à la dignité de la personne représentée ».

Le critère du sensationnel et de l'indécence qui invite à rechercher si la publication litigieuse satisfait l'information légitime du public ou participe d'un scandale lucratif est posé.

336. 2<sup>e</sup> Civ., 4 novembre 2004, *Bull.* 2004, II, n° 486, pourvoi n° 03-15.397.

337. 1<sup>re</sup> Civ., 20 décembre 2000, *Bull.* 2000, I, n° 341, pourvoi n° 98.13.875.

338. 1<sup>re</sup> Civ., 1<sup>er</sup> juillet 2010, *Bull.* 2010, I, n° 151, pourvoi n° 09-15.479.

339. 1<sup>re</sup> Civ., 20 février 2001, *Bull.* 2001, I, n° 42, pourvoi n° 98-23.471.

Un arrêt<sup>340</sup> a retenu que la liberté de communication des informations justifiait la publication de l'image d'une personne impliquée dans une affaire judiciaire sous réserve du respect de la dignité de la personne humaine dès lors que l'image publiée sans autorisation a été réalisée par des moyens non critiquables et ne portait pas atteinte à la vie privée de l'intéressé.

Enfin, l'actualité judiciaire justifie la publication d'éléments de vie privée qui sont absorbés par elle<sup>341</sup>. Un hebdomadaire avait publié un article consacré à un procès à l'issue duquel une mère avait été condamnée pour avoir donné des coups mortels à son enfant, illustré notamment par des photographies représentant les parents donnant le biberon à leur enfant et le mariage de ceux-ci. La cour d'appel avait retenu que la relation du procès des parents, tous deux renvoyés devant la cour d'assises du chef de violences sur leur enfant mineur ayant entraîné sa mort, les circonstances de la mort de l'enfant et l'évocation des relations entre les époux, au cœur des débats, constituaient un événement d'actualité dont un hebdomadaire pouvait légitimement rendre compte, et que les faits commis au domicile conjugal des époux avaient nécessairement placé au centre des débats publics l'intimité de leur couple et la personnalité de chacun, y compris celle du père dont il avait été largement et publiquement débattu pendant le procès. La Cour de cassation a considéré que la cour d'appel avait déduit de bon droit que la publication, au soutien d'un événement d'actualité judiciaire, de clichés pris dans le cercle de famille n'avait pas été de nature à porter atteinte à la vie privée du père de l'enfant.

Une cour d'appel qui avait jugé illicite la publication, sans l'autorisation de l'intéressé, d'une photographie pour l'illustration d'un article relatif à la mise en examen d'un prévenu et retenu que cette publication, bien que réalisée par des moyens non critiquables et ne portant pas atteinte à la vie privée de l'intéressé, méconnaissait le droit exclusif de chacun sur son image comme sur l'utilisation qui en est faite, a été censurée au motif que la liberté de communication des informations justifie la publication de l'image d'une personne impliquée dans une affaire judiciaire, sous réserve du respect de la dignité de la personne humaine<sup>342</sup>.

Dans une autre affaire<sup>343</sup>, l'hebdomadaire *Paris-Match* avait publié un article intitulé « L'énigme du pull-over rouge », consacré au meurtre d'une fillette et au condamné à mort pour ce crime. Reprochant à l'hebdomadaire d'avoir reproduit une photographie réalisée au cours d'une reconstitution non interdite aux médias par le magistrat instructeur et montrant le père de la victime, un mouchoir contre le visage, soutenu par un ami et assortie de la légende « Pierre X..., incapable d'en supporter plus, doit être évacué », ainsi qu'un portrait en médaillon de la petite victime et plusieurs pièces à conviction, et d'avoir donné une tonalité générale dubitative de la culpabilité du meurtrier, la famille de l'enfant a assigné la Compagnie générale d'édition et de presse (Cogedi presse), M. Roger Y..., directeur de la publication et la société Hachette Filipacchi pour atteintes à leur droit à l'image, vie privée et affection. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre l'arrêt d'appel qui avait relevé, d'une part, que la photographie de M. X... ne reproduisait que sa douleur digne et

340. 1<sup>re</sup> Civ., 12 juillet 2001, *Bull.* 2001, I, n° 222, pourvoi n° 98-21.337.

341. 2<sup>e</sup> Civ., 25 novembre 2004, *Bull.* 2004, II, n° 504, pourvoi n° 02-20.424.

342. 1<sup>re</sup> Civ., 12 juillet 2001, *Bull.* 2001, I, n° 222, pourvoi n° 98-21.337.

343. 1<sup>re</sup> Civ., 13 novembre 2003, *Bull.* 2003, I, n° 231, pourvoi n° 00-19.403.

légitime, révélée à l'époque de l'événement lui-même et indissociable de celui-ci, que celle de la fillette la représentait le visage souriant, sans aucune mise en scène attentatoire au respect de sa mémoire ni au deuil de ses parents, et que l'une et l'autre avaient déjà fait l'objet de nombreuses publications, et d'autre part, que la question de la culpabilité, objet de débats dans l'opinion publique, avait été présentée sans contrevérité ni intention de nuire à la victime ou à ses proches dans leur honneur, pudeur ou affection, et que le dossier judiciaire considéré, appartenant désormais à l'histoire des grandes affaires criminelles, n'était plus seulement réductible à la vie privée des conjoints X... et avait ainsi fait ressortir que l'article contesté relevait de la liberté de communiquer des informations, laquelle autorise la publication d'images de personnes impliquées dans un événement, sous la seule réserve du respect de leur dignité.

S'agissant du débat d'intérêt général et du droit à l'image<sup>344</sup>, une affaire peut être encore rappelée dans laquelle un hebdomadaire avait publié un article consacré aux accidents de la circulation illustré de la photographie d'un jeune homme inanimé, étendu à demi-déshabillé sur un brancard, le visage ensanglanté, autour duquel s'affairaient les secouristes. Il a été jugé que ne donnait pas de base légale à sa décision au regard des articles 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 et 16 du code civil, la cour d'appel qui, pour condamner cet hebdomadaire à payer des dommages-intérêts aux membres de la famille de la personne décédée, retient que l'article ne relatait pas un fait d'actualité, mais était consacré à un phénomène de société et que la photographie publiée sans précaution d'anonymat portait atteinte à la dignité de la victime et nécessairement à l'intimité de la vie privée de sa famille, sans rechercher si l'information des lecteurs justifiait la publication de la photographie litigieuse, ni caractériser l'atteinte portée par celle-ci à la dignité de la victime. Cette décision qui pose le principe du droit du journaliste à l'illustration d'un débat de société invite le juge à rechercher le point d'équilibre qui existe entre le droit de la presse et la protection de l'individu.

Ainsi, en consacrant un article aux policiers concernés par la violence et aux conséquences dramatiques en résultant pour leurs proches, un hebdomadaire ne fait que satisfaire le droit des lecteurs à une légitime information d'actualité et la publication de photographies, prises lors de l'enterrement d'un policier en présence d'autorités officielles et qui illustrent l'article de façon appropriée, ne porte pas atteinte à la dignité de la veuve figurant sur les clichés<sup>345</sup>.

Depuis l'arrêt rendu dans l'affaire *Érignac*<sup>346</sup>, la Cour de cassation n'a pas retenu d'atteinte à la dignité. Cependant, le 1<sup>er</sup> juillet 2010 elle a retenu qu'était constituée une telle atteinte dans la malheureuse affaire qui lui en donnait l'occasion<sup>347</sup>. La Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la cour d'appel qui avait été saisie par la famille de Ilan Halimi de la condamnation de l'hebdomadaire qui avait publié la photographie que ses ravisseurs avaient envoyée à la famille pour obtenir une rançon. Elle a énoncé que « les proches d'une personne peuvent s'opposer à la reproduction de son image après son décès, dès lors qu'ils en

344. 2<sup>e</sup> Civ., 4 novembre 2004, *Bull.* 2004, II, n° 486, pourvoi n° 03-15.397.

345. 1<sup>re</sup> Civ., 7 mars 2006, *Bull.* 2006, I, n° 140, pourvoi n° 05-16.059.

346. Cf. *supra*, note 68.

347. 1<sup>re</sup> Civ., 1<sup>er</sup> juillet 2010, *Bull.* 2010, I, n° 151, pourvoi n° 09-15.479.

éprouvent un préjudice personnel en raison d'une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort ». Elle a ainsi confirmé l'arrêt de la cour d'appel qui avait énoncé que « la photographie litigieuse, dont il est constant qu'elle avait été prise par les tortionnaires de Ilan Halimi et adressée à sa famille pour appuyer une demande de rançon, a été publiée sans autorisation » et avait ajouté que « cette photographie qui montre Ilan Halimi, le visage entouré d'un ruban adhésif argenté laissant seulement apparaître son nez ensanglanté et tuméfié, l'ensemble du visage donnant l'impression d'être enflé sous le bandage de ruban adhésif, les poignets entravés par le même ruban adhésif, son trousseau de clés glissé entre les doigts, un journal coincé sous la poitrine et un pistolet braqué à bout touchant sur la tempe par une main gantée, l'épaule gauche de son vêtement tirillée vers le haut, suggère la soumission imposée et la torture ; [...] estimant que la publication de la photographie litigieuse, qui dénotait une recherche du sensationnel, n'était nullement justifiée par les nécessités de l'information, elle en a justement déduit que, contraire à la dignité humaine, elle constituait une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort et dès lors à la vie privée des proches, justifiant ainsi que soit apportée une telle restriction à la liberté d'expression et d'information ».

La recherche du juste équilibre entre la liberté d'expression et le droit au respect de la dignité de la personne humaine a ainsi conduit à considérer qu'une telle publication avait pour finalité la recherche du sensationnel plutôt que l'intérêt légitime d'information du public et que, contemporaine du procès des auteurs présumés du crime, elle était susceptible de nuire à l'exigence d'un procès équitable et impartial en même temps qu'elle infligeait aux proches de la victime une souffrance disproportionnée par l'atteinte à la mémoire et au respect dû au mort, justifiant ainsi l'ingérence du juge et la restriction proportionnée apportée à la liberté d'expression par la suppression de la reproduction de la photographie litigieuse.

En décembre 2008 a été soutenue à l'université de Nanterre par Clara-Maud Philippe, une thèse dont le sujet est « Le droit du public et l'information par l'image ». Il y est soutenu qu'en déployant des effets sur le droit positif, le droit du public appartient à la réalité juridique. Bien qu'il ne réponde pas à la définition du droit subjectif en ce qu'il ne peut pas être directement invoqué devant les tribunaux par ses bénéficiaires, il entre dans la matière juridique telle qu'elle a récemment évolué. Correspondant à une notion cadre qui contribue à l'ordre juste, il se rattache à la catégorie des principes du droit et permet de corriger certaines dérives dues à l'aggravation des revendications individuelles fondées sur des droits fondamentaux. Révélant le processus d'équilibre des droits mis en jeu par la diffusion d'une image, il contribue à une « désobjectivation » des droits. Son recours, en orientant la résolution des conflits, permet de corriger les faiblesses d'une démarche casuistique trop poussée. Il conduit à dégager non une hiérarchie, mais une méthodologie utile à la solution des conflits de droits. L'utilisation du droit du public à l'information confiée aux magistrats mériterait d'être systématisée et son contrôle étendu sous la vigilance du ministère public et du Conseil supérieur de l'audiovisuel. L'édiction de règles précises encourageant la rigueur et l'honnêteté dans la transmission des images améliorerait son effectivité.



## 2.2.2. Infractions de presse et droit de savoir du public

En évoquant la liberté de la presse dans son titre, la fameuse loi du 29 juillet 1881 n'a pas seulement donné à cette liberté le cadre juridique nécessaire à son application – et ce après un siècle d'instabilité législative en la matière, depuis la Déclaration des droits de l'homme de 1789 ayant consacré dans son article 11 « la libre communication des pensées et des opinions » –, elle a encore apporté de nombreuses limites à cette liberté. Le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881 (articles 23 à 41-1), intitulé « Des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication », comporte de nombreuses infractions, communément appelées, mais de façon un peu trompeuse, infractions de presse : loin de ne pouvoir être commises que dans la presse ou par des professionnels de la presse, ces infractions peuvent être commises par n'importe qui, pourvu qu'elles le soient de façon publique (cf. article 23 de la loi du 29 juillet 1881). Nombreuses, les infractions de presse constituent des limites à la liberté d'expression, ce qui ne signifie pas d'ailleurs qu'elles représentent nécessairement une limite au droit de savoir du public (2.2.2.1.). Mais pour tenir compte des exigences de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, la répression de ces infractions doit se concilier avec la reconnaissance d'un droit de savoir : c'est ce que révèlent de façon particulièrement nette les faits justificatifs de la diffamation (2.2.2.2.).

### 2.2.2.1. Les infractions de presse, limites à la liberté d'expression

Les infractions de presse prévues et réprimées par la loi du 29 juillet 1881 (auxquelles s'ajoutent les contraventions de diffamation et injure non publiques que l'on trouve dans le code pénal : articles R. 621-1 et s., articles R. 624-3 et s.) représentent assurément autant de limites à l'exercice de la liberté d'expression et, à ce titre, doivent répondre aux conditions posées par l'article 10 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Pour autant, elles ne constituent pas nécessairement des limites au droit de savoir du public. L'enjeu de l'incrimination de la publication de certains propos, messages, images, n'est pas tant de limiter, d'entraver la diffusion de certaines informations qui pourraient instruire le public, que de réprimer des propos qui sont nocifs, indépendamment de toute volonté d'ériger un secret à opposer au public. Ainsi l'incrimination de la publication de nouvelles fausses (article 27 de la loi de 1881) constitue une restriction à la liberté d'expression sans apparaître véritablement comme une restriction au droit de savoir du public : au contraire, il s'agit d'empêcher que le public soit trompé et que la paix publique en soit troublée.

De même, l'incrimination de l'injure (articles 29, alinéa 2, et s. de la loi de 1881) n'a-t-elle pas pour objet de réprimer la diffusion d'une information, mais le fait de tenir des propos outrageants. Il s'agit, certes, d'une limite à la liberté d'expression, mais pas d'une atteinte au droit de savoir du public : il n'y a pas à proprement parler d'information en jeu dans le fait de donner à autrui des noms d'oiseau – ce qui distingue d'ailleurs l'injure de la diffamation, puisque celle-ci, à la différence de celle-là, suppose l'imputation d'un « fait précis, de nature à être, sans difficulté, l'objet d'une preuve ou d'un débat contradictoire » (Ass. plén., 25 juin 2010, Ass. plén., n° 1, pourvoi n° 08-86.891). En ce que la diffamation consiste, en effet, en une « allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé » (article 29, alinéa 1<sup>er</sup>, de la

loi du 29 juillet 1881), sa répression consiste non seulement en une restriction à la liberté d'expression, mais encore en une limite apportée au droit de savoir. La diffamation, en effet, est constituée indépendamment du caractère exact ou erroné de l'imputation, ce qui est dans la logique de la valeur sociale protégée par la diffamation, c'est-à-dire l'honneur de la personne visée. Pourtant les imputations diffamatoires, si elles portent atteinte à l'honneur de la victime, peuvent parfois présenter un intérêt comme information dont le public peut prendre légitimement connaissance. D'où l'existence de faits justificatifs, propres à la diffamation, par lesquels est implicitement reconnu le droit de savoir du public.

### **2.2.2.2. Les faits justificatifs de la diffamation, reconnaissance d'un droit de savoir**

La diffamation connaît des faits justificatifs qui lui sont propres – ainsi ne concernent-ils pas l'injure – qui sont, d'une part, l'exception de vérité (2.2.2.2.1.), prévue par l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881, d'autre part, la bonne foi, fait justificatif prétorien (2.2.2.2.2.).

#### **2.2.2.2.1. L'exception de vérité (article 35 de la loi du 29 juillet 1881)**

Il y a un principe selon lequel la preuve des faits diffamatoires peut être rapportée par le diffamateur : cela va dans le sens de la reconnaissance d'un droit de savoir, lequel l'emporte sur la considération de la protection de l'honneur de l'intéressé. Mais ce principe connaît des exceptions, tenant par exemple à la protection de la vie privée de la personne diffamée ou au fait que les faits remontent à plus de dix ans. Ces exceptions sont autant de restrictions apportées au droit de savoir. La question se pose de la conformité de certaines de ces exceptions à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi l'interdiction de prouver la vérité des faits diffamatoires « lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix ans » (article 35, alinéa 3, b, de la loi de 1881) met le droit français en délicatesse par rapport aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme dans son interprétation de l'article 10 de la Convention européenne. En particulier doit être signalé l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 novembre 2006, *Mamère c. France* (requête n° 12697/03). La France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans cet arrêt, la Cour européenne énonce au sujet de l'interdiction de l'*exceptio veritatis* pour des faits remontant à plus de dix ans qu'elle « perçoit, certes, d'un point de vue général, la logique d'une limite temporelle de cette nature, dans la mesure où, plus des allégations portent sur des circonstances anciennes, plus il est difficile d'évaluer leur véracité. Cependant, lorsqu'il s'agit d'événements qui s'inscrivent dans l'Histoire ou relèvent de la science, il peut au contraire sembler qu'au fil du temps, le débat se nourrit de nouvelles données susceptibles de permettre une meilleure compréhension de la réalité des choses » (point 24).

#### **2.2.2.2.2. La bonne foi**

La bonne foi, fait justificatif prétorien, suppose la réunion de plusieurs éléments : une absence d'animosité personnelle, la légitimité du but poursuivi, la prudence et la mesure dans l'expression, la vérification de la source. L'ensemble de ces critères fait apparaître des

exigences qui, appliquées au travail des journalistes, sont révélatrices d'une déontologie qui trouve son prolongement dans des règles juridiquement sanctionnées. Dans la mesure où est admis ce fait justificatif, il dénote la reconnaissance d'un droit de savoir.

Depuis 2008, la chambre criminelle de la Cour de cassation, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, fait état, au titre de la justification de la diffamation, du *sujet d'intérêt général* sur lequel portent les propos diffamatoires. Trois décisions récentes illustrent particulièrement cette évolution.

- Dans un premier arrêt du 11 mars 2008 (*Bull. crim.* 2008, n° 59, pourvoi n° 06-84.712, *Rev. pénit.* 2008, p. 869, obs. Ph. Conte) concernant un article relatif à une fraude dans laquelle étaient impliquées des banques, la Cour de cassation a ainsi affirmé : « l'article incriminé, traitant d'un sujet d'intérêt général relatif au rachat frauduleux par un organisme bancaire d'une compagnie d'assurance de droit étranger qui avait entraîné la mise à la charge de l'État français, et donc du contribuable, des sommes considérables, ne dépassait pas les limites de la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ». Dans cet arrêt, la Cour a censuré les juges du fond qui avaient rejeté le fait justificatif de bonne foi et déclaré établies les infractions de diffamation et de complicité de ce délit en raison de la publication d'un article de presse rapportant des échanges de propos tenus lors d'un entretien avec un journaliste. Elle a estimé que ces propos, relatifs à une affaire d'une importance particulière, dont le développement avait eu de lourdes répercussions nationales et qui traitaient d'un sujet d'intérêt général, ne dépassaient pas les limites de la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention.

Les faits étaient les suivants. À la suite de la publication dans un hebdomadaire de propos recueillis par un journaliste auprès d'une personne interviewée, l'ancien dirigeant d'une banque avait poursuivi devant la juridiction correctionnelle, des chefs de diffamation publique envers un particulier et complicité de ce délit, le directeur de publication de l'organe de presse, le journaliste et ladite personne, laquelle avait révélé avoir dénoncé à la justice américaine une fraude réalisée au moyen de contrats de portage signés, notamment, par la banque, afin de permettre, en violation de la loi américaine, le rachat des actifs d'une compagnie d'assurances. Les faits ainsi commis avaient entraîné une lourde condamnation financière supportée par l'État français. Le tribunal correctionnel avait reconnu le bénéfice de la bonne foi à tous les prévenus et débouté la partie civile de ses demandes. La cour d'appel, saisie du seul recours de la partie civile, avait réformé le jugement sur la culpabilité en retenant que l'un des critères nécessaires à l'admission de la bonne foi de l'auteur des propos, l'absence d'animosité personnelle, faisait défaut. Au soutien de leurs pourvois, les prévenus faisaient valoir en particulier, d'une part, que la prétendue animosité personnelle de l'auteur des propos ne pouvait, au regard de la liberté de la presse et du droit à l'information, faire obstacle au devoir du journaliste de rapporter fidèlement les propos du témoin d'une affaire judiciaire, et d'autre part, que l'appréciation des juges du fond quant à la portée de l'écrit incriminé devait tenir compte du contexte dans lequel les propos avaient été tenus, le contexte étant, en la circonstance, celui d'une affaire d'État, à large retentissement, ne justifiant aucune restriction à la liberté d'expression.

Pour accueillir les moyens proposés, l'arrêt rappelle, tout d'abord, qu'en matière de diffamation, il appartient aux juges du fond de relever toutes les circonstances intrinsèques ou

extrinsèques aux faits poursuivis que comporte l'écrit les renfermant, et ce, sous le contrôle de la Cour de cassation qui peut se reporter à l'écrit lui-même afin de vérifier s'il contient les éléments de l'infraction. Il s'agit là d'une doctrine constante de la chambre (voir, notamment : Crim., 15 octobre 1985, *Bull. crim.* 1985, n° 314, pourvoi n° 84-91.598; Crim., 7 avril 1994, *Bull. crim.* 1994, n° 142, pourvoi n° 91-86.115; Crim., 1<sup>er</sup> décembre 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 324, pourvoi n° 97-86.465). Procédant ensuite à l'examen de l'écrit incriminé, la chambre criminelle a, au visa de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif à la liberté d'expression, retenu que l'arrêt attaqué devait être censuré, sans renvoi devant les juges du fond. Pour ce faire, elle a jugé que l'article de presse en cause, traitant d'un sujet d'intérêt général concernant le rachat frauduleux, par un organisme bancaire, d'une compagnie d'assurances de droit étranger qui avait entraîné la mise à la charge de l'État français, et donc des contribuables, le paiement de sommes considérables, ne dépassait pas les limites de la liberté d'expression au sens dudit article.

Ainsi, en marge des moyens de défense classiques constitués par l'*exceptio veritatis* (dont l'invocation était, au demeurant, interdite dans le cas d'espèce, les faits remontant à plus de dix ans) et par la bonne foi qui exige la réunion des quatre critères traditionnels de légitimité du but poursuivi, d'absence d'animosité personnelle, de prudence dans l'expression et de sérieux de l'enquête, se trouve affirmée l'importance attachée, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>348</sup>, à la notion d'intérêt général, dans le contexte d'informations fiables et précises recueillies en respectant l'éthique journalistique.

- Dans un deuxième arrêt du 12 mai 2009 (*Bull. crim.* 2009, n° 88, pourvoi n° 08-85.732, *Comm. com. électr.* 2009, comm. 82), la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé qu'un article comportant des imputations diffamatoires envers un magistrat mais portant sur un sujet d'intérêt général relatif au traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national, ne dépassait pas les limites admissibles de la liberté d'expression dans la critique de l'action d'un magistrat.

Le sujet d'intérêt général apparaît ainsi non pas comme une circonstance faisant obstacle à la constitution de la diffamation mais comme une circonstance qui vient la justifier. L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme est patente : l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme est seul visé.

Il semble que la jurisprudence plus récente fait apparaître le sujet d'intérêt général comme un élément d'appréciation de la bonne foi.

Dans cet arrêt, la chambre criminelle a mis un terme à une procédure pour diffamation, consécutive à la mise en cause d'un procureur de la République à propos du traitement judiciaire de la disparition d'un gendarme qui avait mené une enquête sur une affaire criminelle concernant la disparition de jeunes femmes.

Un organe de presse avait fait paraître un article contenant les passages suivants : « Aujourd'hui, l'ancien procureur d'Auxerre assure qu'il a conclu au suicide de Christian Z...

348. Voir, par exemple : CEDH, 25 juin 2002, *Colombani et autres c. France*, requête n° 51279/99; CEDH, 30 mars 2004, *Radio-France et autres c. France*, requête n° 53984/00.

pour des motifs irréprochables. Mais l'attitude de Jacques A... en ces circonstances est d'autant plus troublante qu'elle s'ajoute à une liste d'erreurs ou de fautes déjà longue. [...] En 1996, quand les proches des victimes portent plainte, Jacques A... "retrouve" le rapport de Z... sur les disparues après qu'on ait perdu sa trace pendant douze ans [...]. Muté pour manquement à l'honneur de Paris à Versailles, il a vu cette sanction annulée par le Conseil d'État en janvier dernier. "S'agissant des disparues de l'Yonne, j'ai été exempt de tout reproche", insiste-t-il. Pourtant la question est clairement posée : Et si le procureur avait obéi à des motifs sans rapport avec le droit ? »

Le magistrat concerné avait porté plainte et s'était constitué partie civile. Une première cour d'appel avait estimé qu'aucun des trois passages ne comportait l'imputation d'un fait précis diffamatoire, le substantif « troublant » employé dans le premier passage ne pouvant être rapproché d'éléments extrinsèques non concomitants à l'article, les guillemets encadrant le verbe « retrouver » du deuxième propos renvoyant aux guillemets figurant dans le rapport du Conseil supérieur de la magistrature, et l'allégation faite à un magistrat d'avoir agi sans se préoccuper du droit constituant une injure.

Par un arrêt du 29 janvier 2008, rendu sur le pourvoi de la partie civile, la chambre criminelle avait cassé cet arrêt au motif que les passages incriminés, qui sont à apprécier au regard de l'ensemble de l'article et de son contexte, imputaient au magistrat, sous forme d'insinuations, non seulement des erreurs, mais des manquements délibérés aux devoirs de sa charge, dont la preuve pouvait être rapportée et faire l'objet d'un débat contradictoire. La cour d'appel de renvoi a estimé que les propos poursuivis comportaient des imputations diffamatoires et a rejeté l'exception de bonne foi. Le directeur de publication et le journaliste auteur de l'article ont formé un pourvoi en cassation. C'est dans ces conditions que, par son arrêt du 12 mai 2009, la chambre criminelle a considéré que la cour d'appel avait, à bon droit, jugé que l'article était diffamatoire, mais que celle-ci avait, à tort, rejeté l'exception de bonne foi. La Cour a donc cassé sans renvoi la décision des juges du fond. Elle a, en effet, estimé que l'article en cause portait sur un sujet d'intérêt général, s'agissant d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national et, qu'à ce titre, il ne dépassait pas les limites admissibles de la liberté d'expression dans la critique de l'action d'un magistrat.

Par cette décision, la Cour de cassation a adopté une démarche conforme à l'esprit de la Convention européenne des droits de l'homme et à son article 10 sur la liberté d'expression, tel qu'interprété par la Cour européenne. On peut, à cet égard, rappeler que cette Cour retient que la presse doit ne pas franchir certaines limites, notamment quant à la protection de la réputation et des droits d'autrui. Le droit des journalistes de communiquer des informations sur des questions d'intérêt général est donc protégé à condition qu'ils agissent de bonne foi, sur la base de faits exacts, et fournissent des informations « fiables et précises » dans le respect de l'éthique journalistique. En ayant appliqué ces critères, la Cour européenne a jugé, par décision du 14 février 2008, que constituait une violation de l'article 10 de la Convention, la condamnation pour diffamation intervenue dans une affaire où la presse avait critiqué la conduite d'une procédure par des juges d'instruction en alléguant de leur partialité et en qualifiant de rocambolesque leur instruction (cf. CEDH, 22 octobre 2007, Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France, requêtes n° 21279/02 et 36448/02 ; CEDH, 14 février 2008, July et Sarl Libération c. France, requête n° 20893/03).

De manière générale, selon la jurisprudence de la Cour européenne, s'il n'est pas exact que les magistrats s'exposent sciemment à un contrôle attentif de leurs faits et gestes, exactement comme les hommes politiques, et qu'ils devraient dès lors être traités sur un pied d'égalité avec ces derniers lorsqu'il s'agit de critiques de leur comportement (cf. CEDH, 21 janvier 1999, *Janowski c. Pologne*, requête n° 25716/94), il n'en reste pas moins que les limites de la critique admissible sont plus larges pour des fonctionnaires agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles que pour les simples particuliers (CEDH, 7 novembre 2006, *Mamère c. France*, requête n° 12697/03), puisque la Cour admet même une dose d'exagération ou une dose de provocation (affaire *July* précitée). Il est clair que l'arrêt du 12 mai 2009 de la chambre criminelle s'inscrit dans cette perspective.

- Dans un troisième arrêt du 19 janvier 2010 (*Bull. crim.* 2010, n° 12, pourvoi n° 09-84.408, *Comm. com. électr.* 2010, comm. 52), la chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé que : « la bonne foi doit être appréciée en tenant compte notamment du caractère d'intérêt général du sujet sur lequel portent les propos litigieux, et du contexte politique dans lequel ils s'inscrivent ».

Dans cette affaire, la Cour de cassation était saisie d'un pourvoi formé par le maire d'une commune de la région parisienne contre un arrêt d'une cour d'appel, qui, dans une procédure suivie, du chef de diffamation, contre l'un des membres de son conseil municipal, l'avait débouté de ses demandes. La partie civile avait poursuivi comme diffamatoires des déclarations faites par cet opposant lors d'un conseil municipal, réitérées par voie de presse, mettant en cause la gestion des finances municipales, et évoquant la commission d'un délit de favoritisme à l'occasion de la réalisation d'un projet immobilier, susceptible par ailleurs de mettre en danger la santé publique. Le caractère diffamatoire des propos, qui ne faisait guère difficulté, a été admis tant par les premiers juges que par la cour d'appel. L'affaire était intéressante à deux points de vue : la possibilité pour le prévenu de produire des courriers adressés à son client par l'avocat de la partie civile, courriers couverts par le secret professionnel et la définition de la bonne foi.

S'agissant du premier point, le prévenu, au titre de l'offre de preuve de la vérité des faits diffamatoires, avait versé aux débats des correspondances adressées par un avocat à la partie civile, dans une instance administrative en cours par ailleurs, opposant le maire à ce même conseiller municipal. Dans ces correspondances, le conseil de la commune évaluait la valeur des moyens de l'adversaire, évoquait les faiblesses des arguments de sa cliente, et proposait une stratégie de défense. Il importe de noter que le prévenu dans le procès en diffamation avait été condamné, auparavant, pour atteinte au secret des correspondances, pour avoir pris connaissance de ces documents, et pour les avoir utilisés. La cour d'appel, dans l'arrêt attaqué, avait rejeté la demande de la partie civile tendant à voir ces pièces écartées des débats, et, au fond, y avait fait référence pour admettre la bonne foi du diffamateur. La Cour de cassation approuve cette solution, en retenant la motivation suivante : « le droit à un procès équitable et la liberté d'expression justifient que la personne poursuivie du chef de diffamation soit admise à produire, pour les nécessités de sa défense, les pièces de nature à établir la vérité des faits ou sa bonne foi, sans qu'elles puissent être écartées des débats au motif qu'elles auraient été obtenues par des moyens déloyaux ».

L'INFORMATION JUSTIFIÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR :  
LE DROIT DE PRENDRE CONNAISSANCE  
D'UNE INFORMATION

L'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions juridiques et judiciaires, dispose, en effet : « En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ».

Les cas dans lesquels les correspondances couvertes par le secret peuvent, cependant, être produites sont connus :

- lorsqu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction (Crim., 27 juin 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 163, pourvoi n° 01-81.865 ; ou encore : Crim., 12 mars 1992, *Bull. crim.* 1992, n° 112, pourvoi n° 91-86.843 et Crim., 20 janvier 1993, *Bull. crim.* 1993, n° 29, pourvoi n° 92-85.548) ;
- lorsqu'elles sont produites par le client lui-même à l'appui de ses conclusions (Crim., 21 janvier 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 17, pourvoi n° 03-80.828) ;
- lorsqu'elles concernent l'exercice des droits de la défense (Crim., 28 avril 2004, pourvoi n° 03-84.942).

Mais, même dans ce dernier cas, la production de pièces couvertes par le secret professionnel, adressées par l'avocat de son adversaire à ce dernier (certes, dans une instance distincte) ne heurte-t-elle pas le principe de loyauté de la preuve, et celui de l'équilibre des droits des parties ? Ne constitue-t-elle pas une atteinte aux droits de la défense de la partie adverse (la partie civile, en l'occurrence) ? Ni l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, ni l'article préliminaire du code de procédure pénale ne consacrent un quelconque principe de loyauté, de la preuve ou de la procédure. Toutefois, dans un arrêt Barbera, Messegue et Jabardo c. Espagne du 6 décembre 1988 (requête n° 10590/83), la Cour européenne a consacré une obligation de loyauté dans la réunion policière et judiciaire des preuves, corollaire de l'exigence du procès équitable, mais a renvoyé au droit interne quant à l'admissibilité des modes de preuve (voir aussi CEDH, 12 juillet 1988, Schenk c. Suisse, requête n° 10862/84).

Dans l'étude de jurisprudence publiée dans son *Rapport 2004*, la Cour de cassation distingue selon qu'il s'agit de preuves produites par l'autorité publique, soumises à des exigences rigoureuses, ou de celles produites par les parties, qui bénéficient pleinement du principe de liberté de l'article 427 du code de procédure pénale.

Si certaines décisions de la chambre criminelle rappellent en effet que les actes d'information doivent « se conformer aux dispositions légales relatives au mode d'administration des preuves » (Crim., 12 décembre 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 369, pourvoi n° 00-83.852 ou Crim., 28 novembre 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 248, pourvoi n° 01-86.467), et ont été interprétées comme un rappel d'un principe de loyauté des preuves, nombreux sont les arrêts qui soulignent la règle de la liberté de la preuve, sur le fondement de l'article 427 du code de procédure pénale (voir par exemple : Crim., 11 février 1992, *Bull. crim.* 1992, n° 66, pourvoi n° 91-86.067 ; Crim., 15 juin 1993, *Bull. crim.* 1993, n° 210, pourvoi n° 92-82.509 et Crim., 11 juin 2002, *Bull. crim.* 2002, n° 131, pourvoi n° 01-85.559).

La chambre criminelle a d'ailleurs affirmé la conformité de cette doctrine à la Convention européenne dans un arrêt du 31 janvier 2007 (*Bull. crim.* 2007, n° 27, pourvoi n° 06-82.383) : ne méconnaît pas les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la cour d'appel qui, après en avoir contradictoirement débattu, admet comme mode de preuve, la production de l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, dès lors qu'elle est justifiée par la nécessité de rapporter la preuve des faits dont l'auteur de l'enregistrement est victime et pour les besoins de sa défense.

La chambre a fait application de ce principe de liberté de la preuve en matière de presse dans trois arrêts :

- le 18 novembre 1986 (*Bull. crim.* 1986, n° 345, pourvoi n° 85-93.308), en affirmant qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement la valeur des témoignages et documents offerts en preuve du fait diffamatoire conformément aux dispositions des articles 35 et 55 de la loi du 29 juillet 1881 et qu'ils ne sauraient, avant d'en avoir pris connaissance, les écarter au motif qu'ils auraient été obtenus par des moyens déloyaux ;
- le 11 juin 2002 (*Bull. crim.* 2002, n° 132, pourvoi n° 01-85.237), en retenant que ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui déclare un journaliste coupable de recel de violation du secret de l'instruction au motif qu'il a détenu et produit en justice des copies de pièces issues d'une information pénale en cours, sans rechercher si la production de ces pièces par l'intéressé n'avait pas été rendue nécessaire pour sa défense dans une instance engagée à son encontre ;
- le 11 février 2003 (*Bull. crim.* 2003, n° 29, pourvois n° 01-86.696 et 01-86.685), en énonçant que le droit à un procès équitable et la liberté d'expression justifient que la personne poursuivie du chef de diffamation soit admise à produire, pour les nécessités de sa défense, les pièces d'une information en cours de nature à établir sa bonne foi ou la vérité des faits diffamatoires ; l'arrêt en déduit que de telles pièces ne peuvent être écartées des débats au motif que leur production porterait atteinte à la présomption d'innocence.

Mais cet arrêt de la chambre criminelle du 19 janvier 2010 présente surtout un intérêt quant à la *définition des critères de la bonne foi*. La question posée à la Cour de cassation était la suivante : la production par le prévenu de correspondances, couvertes par le secret professionnel, adressées par l'avocat de la partie civile à son client, exclut-elle par principe la bonne foi ? La Cour avait également à se demander si la liberté de ton, propre au débat politique, justifiait les accusations graves de favoritisme, de mise en danger de la santé de la population et de mise en faillite, qui étaient formulées en l'espèce.

Le mémoire du demandeur au pourvoi faisait valoir, non sans pertinence, que la production par le prévenu de pièces procédant d'une violation intentionnelle du secret professionnel et du secret des correspondances était exclusive de toute bonne foi. Cependant, cette notion, en matière de diffamation, revêt un sens sensiblement différent de celui qu'il peut avoir dans le langage courant. Dans cette espèce, la chambre criminelle a choisi de faire prévaloir, au-delà des quatre critères traditionnels, dégagés par une jurisprudence ancienne, celui de l'intérêt général du sujet traité et celui du contexte politique de la polémique considérée. Elle énonce en effet que : « la bonne foi doit être appréciée en tenant compte notamment du caractère d'intérêt général du sujet sur lequel portent les propos litigieux, et du contexte politique dans lequel ils s'inscrivent ».



L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est, dans cet arrêt, évidente. Le juge de la diffamation ne doit plus seulement rechercher un équilibre entre liberté d'expression et protection de l'honneur et de la dignité des personnes, il doit, désormais, dans chaque affaire, s'interroger sur la place de ce « droit de savoir du public », auquel la jurisprudence de la Cour de Strasbourg accorde une place prééminente.

En contrepoint des arrêts précités, d'autres décisions de la chambre criminelle, bien que non publiées, méritent d'être signalées en ce qu'elles permettent de mieux cerner la portée de la valeur justificative de la référence au sujet d'intérêt général. Il n'est pas question, en effet, sous couvert de sujet d'intérêt général, de méconnaître toute considération déontologique (cf. Crim., 10 novembre 2009, pourvoi n° 08-86.295 : « Attendu qu'en décidant ainsi, la cour d'appel a justifié sa décision sans méconnaître les textes et dispositions conventionnels invoqués, dès lors que, s'agissant de comptes rendus sur des questions d'intérêt général, la garantie de l'article 10, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut bénéficier aux journalistes que si ceux-ci agissent de bonne foi, de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit, dans le respect de la déontologie journalistique »). Il faut qu'à tout le moins le sujet d'intérêt général se greffe sur une « base factuelle suffisante » (cf. Crim., 10 novembre 2009, pourvoi n° 09-80.856 : « Attendu que se déterminant de la sorte, par des motifs exempts d'insuffisance comme de contradiction, la cour d'appel, à laquelle il ne saurait être reproché d'avoir méconnu les dispositions conventionnelles invoquées dès lors que les propos en cause, même s'ils concernaient un sujet d'intérêt général, étaient dépourvus de base factuelle suffisante et constituaient des attaques personnelles excédant les limites de la liberté d'expression et de la polémique politique, a justifié sa décision ») et ne constitue pas « une attaque personnelle excédant les limites de la liberté d'expression » (cf. Crim., 26 mai 2010, pourvoi n° 09-87.083 : « Attendu qu'en se déterminant de la sorte, la cour d'appel, à laquelle il ne saurait être reproché d'avoir méconnu les dispositions conventionnelles invoquées dès lors que les propos en cause, même s'ils concernaient un sujet d'intérêt général relatif au traitement d'une affaire judiciaire ayant eu un retentissement national, étaient dépourvus de base factuelle suffisante et constituaient une attaque personnelle excédant les limites de la liberté d'expression, a justifié sa décision » ; voir aussi Crim., 26 mai 2010, pourvoi n° 09-87.631). C'est ainsi, en procédant touche par touche, que la jurisprudence, qui va s'affinant, peut assurer un équilibre aussi subtil que possible des intérêts en conflit.

### **2.2.3. Liberté d'expression salariale et syndicale et droit de savoir du public**

Le droit de savoir du public résulte de la liberté d'expression dont jouit le salarié (2.2.3.1.) ainsi que de la liberté d'expression syndicale (2.2.3.2.). Dans les deux cas, la Cour de cassation veille au respect du droit de savoir du public en opérant la difficile conciliation qu'impose l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme entre la liberté d'expression protégée par le § 1 de cet article et les limites qu'autorise son § 2 pour protéger la réputation et les droits d'autrui, empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou garantir l'autorité du pouvoir judiciaire.

### 2.2.3.1. Liberté d'expression du salarié en dehors de l'entreprise

Le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, d'une liberté d'expression à laquelle il ne peut être apporté que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Mais il ne peut abuser de cette liberté, ce qui est le cas lorsqu'il tient, vis-à-vis de l'extérieur, des propos injurieux, diffamatoires ou excessifs, jetant le discrédit sur l'employeur ou sur l'entreprise (Soc., 12 novembre 1996, *Bull.* 1996, V, n° 373, pourvoi n° 94-43.859; Soc., 7 octobre 1997, *Bull.* 1997, V, n° 303, pourvoi n° 93-41.747; Soc., 15 décembre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 284, pourvoi n° 07-44.264). En l'absence d'abus, les propos tenus en dehors de l'entreprise ne peuvent justifier un licenciement.

La teneur des écrits produits à l'occasion d'une instance devant une juridiction ne connaît pas d'autres limites que celles fixées par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881. Un licenciement ne peut donc être causé par la production de tels écrits (Soc., 28 mars 2006, *Bull.* 2006, V, n° 127, pourvoi n° 04-41.695).

### 2.2.3.2. Liberté d'expression syndicale en dehors de l'entreprise

Un tract syndical diffusé à l'extérieur de l'entreprise n'est, de ce fait, pas soumis aux dispositions de l'article L. 2142-4 du code du travail relatif à la diffusion des tracts dans l'enceinte de l'entreprise. Les propos qu'il contient ne peuvent alors être incriminés qu'au seul regard de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse (Soc., 28 février 2007, *Bull.* 2007, V, n° 37, pourvoi n° 05-15.228).

Un syndicat a le droit de communiquer librement des informations au public sur un site internet. Toutefois, cette liberté peut être limitée dans la mesure de ce qui est nécessaire pour éviter que la divulgation d'informations confidentielles porte atteinte aux droits des tiers. Il appartient donc aux juges de s'assurer si les informations ainsi diffusées ont un caractère confidentiel et si leur divulgation au public est de nature à en justifier l'interdiction au regard des intérêts légitimes de l'entreprise (Soc., 5 mars 2008, *Bull.* 2008, V, n° 55, pourvoi n° 06-18.907).



**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**

**Contrat de travail, rupture – Licenciement – Formalités préalables –  
Formalités prévues par un engagement unilatéral de l'employeur –  
Inobservation – Portée**

*Ass. plén., 5 mars 2010, Bull. 2010, Ass. plén., n° 1, pourvois n° 08-42.843  
et 08-42.844, rapport de Mme Laporte et avis de M. Duplat*

La clause, non contestée, du règlement de copropriété instaurant une procédure d'autorisation préalable de l'assemblée générale des copropriétaires avant le licenciement du personnel du syndicat des copropriétaires, emporte engagement unilatéral du syndicat dont les salariés peuvent se prévaloir. Une cour d'appel retient exactement qu'une telle procédure constituait une garantie de fond accordée au gardien et que son inobservation par le syndic avait pour effet de rendre sans cause réelle et sérieuse son licenciement.

Voir également le commentaire p. 356.

**Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985) – Redressement judiciaire –  
Période d'observation – Créanciers – Déclaration des créances – Qualité –  
Caisse de mutualité sociale agricole – Pouvoir spécial – Nécessité (non)**

*Ass. plén., 26 mars 2010, Bull. 2010, Ass. plén., n° 2, pourvoi n° 09-12.843,  
rapport de Mme Fossaert et avis de Mme Petit*

Les caisses de mutualité sociale agricole tiennent de l'article L. 723-7 II du code rural la possibilité de conclure des conventions avec des organismes administrés paritairement par les organisations professionnelles et syndicales de l'agriculture en vue du recouvrement, pour le compte de ces organismes, des cotisations qui leur sont dues. Sous condition de la conclusion de telles conventions, elles se trouvent légalement habilitées à déclarer les créances correspondantes sans être tenues de justifier d'un pouvoir spécial.

Voir également le commentaire p. 372.

**Presse – Diffamation – Éléments constitutifs – Élément matériel – Allégation  
ou imputation d'un fait précis – Articulation précise de faits susceptibles  
d'être sans difficulté l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire**

*Ass. plén., 25 juin 2010, Bull. crim. 2010, Ass. plén., n° 1, pourvoi n° 08-86.891,  
rapport de M. Moussa et avis de M. Salvat*

Une cour d'appel ayant exactement retenu que les écrits incriminés n'imputaient aucun fait précis, de nature à être, sans difficulté, l'objet d'une preuve ou d'un débat contradictoire, elle en a déduit à bon droit que ces écrits, s'ils revêtaient un caractère injurieux, ne constituaient pas le délit de diffamation envers une administration publique.

Voir également le commentaire p. 457.

**Cour de justice de la République – Arrêts de renvoi de la commission d’instruction de la Cour de justice de la République – Pourvoi – Rejet – Arrêts définitifs – Effet – Conclusions aux fins d’annulation des arrêts de renvoi présentées devant la Cour de justice de la République – Irrecevabilité**

*Ass. plén., 23 juillet 2010, Bull. crim. 2010, Ass. plén., n° 2, pourvoi n° 10-85.505, rapport de M. Guérin et avis de M. Raysséguier*

Sont irrecevables les conclusions aux fins d’annulation des arrêts de renvoi de la commission d’instruction de la Cour de justice de la République présentées devant ladite Cour alors que ces arrêts étaient devenus définitifs à la suite du rejet par l’assemblée plénière de la Cour de cassation des pourvois formés contre eux.

Voir également le commentaire p. 438.

**Question prioritaire de constitutionnalité – Procédure – Refus de transmission – Contestation – Écrit distinct et motivé posant de nouveau la question – Nécessité**

*Même arrêt*

Il résulte de la combinaison des articles 23-2, alinéa 6, et 23-5, alinéa premier, de l’ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée, portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, que le refus de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité ne peut faire l’objet que d’une contestation, laquelle doit être présentée devant la juridiction saisie de tout ou partie du litige, sous forme d’un écrit distinct et motivé posant de nouveau la question.

Voir également le commentaire p. 438.

**Cour de justice de la République – Procédure – Vote – Bulletins secrets**

*Même arrêt*

La Cour de justice de la République se prononce après que, conformément à l’article 32 de la loi organique du 23 novembre 1993, il a été voté, par bulletins secrets, sur chaque chef d’accusation.

Voir également le commentaire p. 438.

**Chose jugée – Autorité de la chose jugée – Décision dépourvue de l’autorité de la chose jugée – Arrêt de cour d’appel statuant sur des faits de corruption active – Cour de justice de la République saisie des faits de corruption passive**

*Même arrêt*

La Cour de justice de la République saisie de faits de corruption passive à l’égard du prévenu n’est pas tenue par les termes de l’arrêt d’une cour d’appel statuant sur le délit de corruption active commis à l’égard du prévenu par d’autres parties.

Voir également le commentaire p. 438.

**Cour de justice de la République – Procédure – Arrêt de relaxe –  
Motivation – Contrôle de la Cour de cassation**  
*Même arrêt*

Ne peut être admis, en l'absence d'insuffisance et de contradiction des motifs de l'arrêt de la Cour de justice de la République prononçant relaxe des fins de la poursuite pour complicité d'abus de biens sociaux et complicité de recel, le moyen qui ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine par les juges du fond, des faits et des circonstances de la cause.

Voir également le commentaire p. 438.

**Cour de justice de la République – Procédure – Arrêt de condamnation –  
Motivation – Contrôle de la Cour de cassation**  
*Même arrêt*

Caractérise en tous leurs éléments, tant matériels qu'intentionnel, les délits de complicité d'abus de biens sociaux et de complicité de recel, l'arrêt de la Cour de justice de la République qui, par motifs exempts d'insuffisance et de contradiction, établit que le prévenu a sciemment permis que ces délits soient commis et réitérés.

Voir également le commentaire p. 438.

## **B – Chambre mixte**

**Contrat de travail, rupture – Licenciement – Formalités légales – Lettre de  
licenciement – Signature – Qualité du signataire – Délégation de pouvoir –  
Délégation écrite – Nécessité (non)**

*Ch. mixte, 19 novembre 2010, Bull. 2010, Ch. mixte, n° 1, pourvoi n° 10-10.095,  
rapport de M. André et avis de M. Allix*

Aucune disposition n'exige que la délégation du pouvoir de licencier soit donnée par écrit; elle peut être tacite et découler des fonctions du salarié qui conduit la procédure de licenciement. Viole l'article L. 227-6 du code de commerce, ensemble les articles L. 1232-6 du code du travail, 1984 et 1998 du code civil, la cour d'appel qui, pour dire le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, retient l'absence de qualité à agir de la signataire de la lettre de licenciement, alors qu'il résultait de ses constatations que cette lettre de licenciement avait été signée par la personne responsable des ressources humaines de la société, chargée de la gestion du personnel et considérée de ce fait comme étant délégataire du pouvoir de licencier.

Voir également le commentaire p. 377.

**Société par actions simplifiée – Direction – Pouvoir de représentation à l'égard des tiers – Délégation – Conditions – Délégation spéciale – Cas – Engagement ou licenciement des salariés de l'entreprise – Possibilité**

*Ch. mixte, 19 novembre 2010, Bull. 2010, Ch. mixte, n° 2, pourvoi n° 10-30.215, rapport de M. André et avis de M. Allix*

Si, selon l'article L. 227-6 du code de commerce, la société par actions simplifiée est représentée à l'égard des tiers par son président et, si ses statuts le prévoient, par un directeur général ou un directeur général délégué dont la nomination est soumise à publicité, cette règle n'exclut pas la possibilité, pour ces représentants légaux, de déléguer le pouvoir d'effectuer des actes déterminés tel que celui d'engager ou de licencier les salariés de l'entreprise. Viole ce texte ensemble l'article L. 1232-6 du code du travail, une cour d'appel qui, pour constater la nullité du licenciement, retient que la lettre de licenciement doit émaner soit du président de la société par actions simplifiée, soit de la personne autorisée par les statuts à recevoir délégation pour exercer le pouvoir de licencier détenu par le seul président.

Voir également le commentaire p. 377.

**Contrat de travail, rupture – Licenciement – Formalités légales – Lettre de licenciement – Signature – Qualité du signataire – Mandataire – Défaut de mandat – Ratification du licenciement – Possibilité – Modalités**

*Même arrêt*

Il résulte de l'article 1998 du code civil qu'en cas de dépassement de pouvoir par le mandataire, le mandant est tenu de l'acte de celui-ci s'il l'a ratifié expressément ou tacitement. Viole ce texte ainsi que l'article L. 1232-6 du code du travail la cour d'appel qui, pour constater la nullité du licenciement retient qu'il a été prononcé par une lettre dont les signataires n'avaient pas le pouvoir de licencier, alors qu'il ressortait de ses propres énonciations que la société, en la personne de son représentant légal, reprenait oralement ses conclusions aux termes desquelles elle soutenait la validité et le bien-fondé du licenciement dont le salarié avait fait l'objet et réclamait le rejet de toutes les prétentions de ce dernier, ce dont il résultait la volonté claire et non équivoque de cette société de ratifier la mesure prise par ses préposés.

Voir également le commentaire p. 377.



## I – DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE

### A – Divorce

Divorce, séparation de corps – Règles spécifiques au divorce – Effets du divorce – Effets à l'égard des époux – Effets quant aux biens – Point de départ – Report à la date de la cessation de la cohabitation et de la collaboration – Cessation de la collaboration – Caractérisation – Preuve – Charge – Détermination – Portée

*1<sup>re</sup> Civ., 31 mars 2010, Bull. 2010, I, n° 80, pourvoi n° 08-20.729*

Cet arrêt vient préciser les conditions d'application de l'article 262-1, alinéa 2, du code civil dans sa nouvelle rédaction issue de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004.

L'ancien article 262-1 du code civil prévoyait que le jugement de divorce prenait effet dans les rapports entre époux, en ce qui concerne leurs biens, à la date de l'assignation. Il disposait, en son deuxième alinéa, que « les époux peuvent, l'un ou l'autre, demander s'il y a lieu, que l'effet du jugement soit reporté à la date où ils ont cessé de cohabiter et de collaborer. Celui auquel incombe à titre principal les torts de la séparation ne peut obtenir ce report ».

Sous l'empire de ce texte, la Cour de cassation a posé comme règle que « la cessation de la cohabitation fait présumer la cessation de la collaboration », de sorte qu'il incombe à celui qui s'oppose au report de prouver que la collaboration entre les époux s'est poursuivie postérieurement à leur séparation (2<sup>e</sup> Civ., 31 mars 1993, *Bull.* 1993, II, n° 136, pourvoi n° 91-18.366; 1<sup>re</sup> Civ., 17 décembre 2008, pourvoi n° 07-21.837). Elle exerce, par ailleurs, un contrôle sur la notion de collaboration (1<sup>re</sup> Civ., 28 février 2006, *Bull.* 2006, I, n° 116, pourvoi n° 04-13.603). Notre Cour juge également de façon constante que le report de la date de dissolution du régime matrimonial demandé en application de l'article 262-1 ancien du code civil s'impose au juge dès lors qu'il constate la cessation de la cohabitation et de la collaboration (2<sup>e</sup> Civ., 9 octobre 1996, *Bull.* 1996, II, n° 225, pourvoi n° 94-14.456).

La loi du 26 mai 2004 portant réforme du divorce a modifié de façon importante l'article 262-1 du code civil. Le nouveau texte fixe la date de dissolution au jour de l'ordonnance de non-conciliation lorsque le divorce est prononcé pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute, et à la date de l'homologation de la convention réglant les conséquences du divorce lorsqu'il est prononcé par consentement mutuel. La demande de report est désormais indépendante de toute faute et ne peut être présentée qu'à l'occasion de l'action en divorce.

L'alinéa 2 du nouvel article 262-1 du code civil dispose qu'« à la demande de l'un des époux, le juge peut fixer les effets du jugement à la date à laquelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer ». Cette modification résulte d'un amendement n° 25 tendant à laisser explicitement au juge une faculté d'appréciation sur l'opportunité de faire droit à la demande de report même lorsque les conditions objectives sont réunies (Rapport n° 1513, du 6 avril 2004, fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale par M. Patrick Delnatte, p. 77). La circulaire de présentation de la loi relative au divorce du 23 novembre 2004 (*BO ministère de la justice* 2004, n° 96, NOR : JUSC0420849C) précise, à propos de la demande

de report des effets du divorce (n° 57), que « le juge apprécie l'opportunité d'y faire droit au regard de chaque situation ». Ce texte pose un problème d'interprétation dès lors qu'il n'est donné aucun critère au juge pour apprécier cette opportunité.

Le présent arrêt a donné l'occasion à la première chambre de préciser que ce nouveau pouvoir du juge n'est pas discrétionnaire et que, si les conditions du report sont remplies, le juge ne peut le refuser que par une décision motivée.

La Cour de cassation maintient son contrôle sur les conditions de cessation de la cohabitation et de la collaboration qui subsistent et sont cumulatives. Par le présent arrêt, elle confirme sa jurisprudence antérieure déduisant une présomption de cessation de collaboration de la cessation de la cohabitation et rappelle qu'il incombe à celui qui s'oppose au report de prouver que des actes de collaboration ont eu lieu postérieurement à la séparation des époux.

Il convient d'observer que la loi du 26 mai 2004 n'a pas modifié de façon identique les articles 262-1 et 1442 du code civil alors que les deux textes avaient un domaine d'intervention commun. Le nouvel article 262-1 du code civil relatif au divorce déroge à l'article 1442 du code civil qui concerne toutes les causes de dissolution de la communauté. La rédaction de l'article 1442, alinéa 2, du code civil, qui reproduit exactement l'ancien article 262-1, alinéa 2, du code civil, n'a pas été modifiée. Seule a été supprimée l'interdiction faite à celui à qui incombe à titre principal les torts de la séparation de solliciter le report des effets du divorce.

## B – Nationalité

### Nationalité – Nationalité française – Nationalité française d'origine – Français par filiation – Conditions – Établissement de la filiation attributive de nationalité – Date d'établissement – Portée

*1<sup>re</sup> Civ., 17 décembre 2010, pourvoi n° 09-13.957, en cours de publication*

Aux termes de l'article 20-1 du code civil, la filiation de l'enfant n'a d'effet sur la nationalité de celui-ci que si elle est établie durant sa minorité. Ce texte, qui dans la loi du 10 août 1927 sur la nationalité et dans le code de la nationalité de 1945 ne concernait que les enfants naturels, est rédigé en ces termes depuis la loi n° 73-42 du 9 janvier 1973.

La chambre a dit que ce texte général (1<sup>re</sup> Civ., 13 novembre 2003, pourvoi n° 01-11.468) s'applique lorsque la filiation était établie par reconnaissance ou par possession d'état (Ass. plén., 20 novembre 1992, *Bull.* 1992, Ass. plén., n° 12, pourvoi n° 90-15.348). Dans l'espèce commentée, la demanderesse justifiait de sa filiation à l'égard d'un français par une reconnaissance postérieure à sa majorité, et donc sans incidence sur sa nationalité, ainsi que par un jugement supplétif d'acte de naissance, conforté par une expertise génétique, jugé régulier par la cour d'appel et lui-même postérieur à la majorité.

Deux arrêts antérieurs avaient dit que l'article 20-1 du code civil s'appliquait aussi quand la filiation avait été établie par un jugement supplétif : l'un alors que le jugement avait été rendu après la majorité (1<sup>re</sup> Civ., 20 mai 2003, pourvoi n° 00-17.207) et l'autre pendant la minorité (1<sup>re</sup> Civ., 28 octobre 2003, pourvoi n° 01-00.165).

Mais un arrêt du 8 juillet 2010 (*Bull.* 2010, I, n° 168, pourvoi n° 09-10.585) a, contrairement à ces précédents, décidé qu'étant déclaratif, un jugement supplétif rendu par les autorités judiciaires algériennes en 1993 qui constate qu'un mariage a eu lieu en Algérie en 1920 apporte, en l'absence de contestation de sa régularité, la preuve de l'antériorité de l'existence du mariage à la naissance d'une personne née en 1931, partant de sa filiation légitime, peu important que cet acte de mariage concernant ses parents n'ait été transcrit que postérieurement à sa majorité.

L'arrêt commenté s'inscrit très exactement dans la ligne de l'arrêt du 8 juillet 2010 en décidant que le jugement supplétif, en raison de son caractère déclaratif, établit, même s'il est prononcé postérieurement à sa majorité, la filiation de la demanderesse depuis sa naissance à l'égard d'un père dont la nationalité française n'est pas contestée et que dès lors, la demanderesse et ses enfants étaient français.

**Nationalité – Nationalité française – Nationalité française d'origine – Français par filiation – Conditions – Établissement de la filiation attributive de nationalité – Date d'établissement – Portée**

*1<sup>re</sup> Civ., 17 décembre 2010, pourvoi n° 09-17.242, en cours de publication*

Dans l'espèce commentée, une personne née en Algérie se disait française comme petit-fils d'un admis au statut civil de droit commun et, pour prouver sa filiation légitime, produisait un jugement du tribunal d'Alger de 2004 faisant état d'un mariage de ses parents en 1930, avant sa naissance.

Il convient de lire cet arrêt, qui décide que « l'article 20-1 du code civil [est] sans application dès lors qu'en raison de son caractère déclaratif, le jugement supplétif constatait, fût-il prononcé pendant la majorité de l'intéressé, un mariage célébré avant la naissance de celui-ci », à la lumière de l'arrêt du 8 juillet 2010 (*Bull.* 2010, I, n° 168, pourvoi n° 09-10.585) et de l'arrêt du 17 décembre 2010 (pourvoi n° 09-13.957, en cours de publication), commenté plus haut.

À signaler, à titre historique, l'application de la jurisprudence fondée sur les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, selon laquelle la filiation maternelle est établie par la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance. Cette jurisprudence n'a plus lieu d'être depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, ainsi qu'il en a été décidé dans l'arrêt du 17 décembre 2010 (pourvoi n° 10-10.906, en cours de publication), ci-dessous commenté.

**Filiation – Établissement – Effet de la loi – Désignation de la mère dans l'acte de naissance – Portée**

*1<sup>re</sup> Civ., 17 décembre 2010, pourvoi n° 10-10.906, en cours de publication*

Selon l'article 337 du code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, « l'acte de naissance portant l'indication de la mère vaut reconnaissance, lorsqu'il est corroboré par la possession d'état ». En matière d'attribution de la nationalité française, il devait être combiné avec l'article 20-1 du code civil aux

termes duquel « la filiation de l'enfant n'a d'effet sur la nationalité de celui-ci que si elle est établie durant sa minorité ».

Le 14 février 2006, la première chambre, anticipant sur l'application de l'ordonnance du 4 juillet 2005, a décidé que viole les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui concernent respectivement le droit au respect de la vie privée et familiale et le principe d'interdiction de discrimination entre les personnes, et spécialement entre les enfants légitimes et les enfants naturels, l'arrêt qui refuse de considérer que l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance emporte établissement de la filiation maternelle (1<sup>re</sup> Civ., 14 février 2006, *Bull.* 2006, I, n° 73, pourvoi n° 05-13.006). Cette jurisprudence a été reprise par des arrêts des 25 avril 2006 (pourvoi n° 04-19.341), 13 mars 2007 (pourvoi n° 06-16.675) et 20 février 2008 (pourvoi n° 07-13.642).

L'article 311-25 du code civil issu de l'ordonnance du 4 juillet 2005, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006, est ainsi rédigé : « la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant ». La loi du 24 juillet 2006 a ajouté un 6° au II de l'article 20 de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 en ces termes : « les dispositions de la présente ordonnance n'ont pas d'effet sur la nationalité des personnes majeures à la date de son entrée en vigueur ». La circulaire du 3 août 2006, relative aux modifications apportées au code civil en matière d'attribution et d'acquisition de la nationalité française (*BO ministère de la justice* 2006, n° 103, NOR : JUSC0620598C), précise, au sujet de ce dernier texte que « l'article 91 de la loi relative à l'immigration et à l'intégration explicite que les dispositions de l'ordonnance n'ont pas d'effet sur la nationalité des personnes majeures à la date de l'entrée en vigueur de cette ordonnance ».

En l'espèce une personne née en 1972 en Algérie avait engagé, postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005, une action déclaratoire de nationalité. Le mariage de ses parents n'était pas démontré et il lui appartenait de prouver un lien de filiation naturelle avec sa mère française. La première chambre approuve la cour d'appel d'avoir, appliquant tant l'article 311-25 du code civil que l'article 20 II 6° de l'ordonnance du 4 juillet 2005, dit que la filiation maternelle de l'intéressée, établie par la mention du nom de sa mère dans l'acte de naissance, était sans effet sur sa nationalité du fait de sa majorité à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance.

La jurisprudence transitoire, fondée sur les articles 8 et 14 de la CEDH, n'a donc plus lieu d'être depuis l'entrée en vigueur de la réforme de la filiation.

## C – Protection des droits de la personne

Protection des droits de la personne – Respect du corps humain – Restes des personnes décédées – Atteinte – Caractérisation – Applications diverses – Exposition de cadavres à des fins commerciales

1<sup>re</sup> Civ., 16 septembre 2010, *Bull.* 2010, I, n° 174, pourvoi n° 09-67.456

C'est par le biais technique de l'article 955 du code de procédure civile – l'arrêt confirmatif adopte les motifs non contraires et non critiqués du jugement – que trouve son épilogue

l'affaire dite de l'exposition, par une société privée, en février 2009, de cadavres et organes humains plastinés (« *Our body* » / « À corps ouverts »).

Dans cet arrêt, qui n'en est pas moins de principe, la Cour de cassation s'appuie en effet sur un motif des premiers juges – ayant relevé que la société organisatrice poursuivait un objectif commercial – pour énoncer, en droit, l'incompatibilité de ce fait constaté avec le devoir impératif de traiter les restes des personnes décédées avec respect, dignité et décence (article 16-1-1 du code civil, loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008) et partant, dire justifié l'exercice des pouvoirs judiciaires d'interdiction ouverts par l'article 16-2 du même code et inscrits aux dispositifs. La solution retenue rend inutile de savoir si ceux dont les dépouilles étaient ainsi exposées avaient consenti de leur vivant à ce traitement *post-mortem*, terrain sur lequel le débat avait été largement porté en appel : peu importe, puisque nous sommes sur le terrain de l'ordre public.

Cette première application de l'article 16-1-1 nouveau concerne l'exposition de cadavres en eux-mêmes, et non des reproductions iconographiques, sauf alors à expulser des musées ou des manifestations culturelles maints tableaux (*La leçon d'anatomie*, *La mort de Marat*, et bien des scènes historiques ou de bataille...).

La solution ne concerne pas davantage, *a priori*, les « expositions » non commerciales (momies présentées à titre purement historique ou culturel, reliques montrées dans certains lieux de culte), sauf si elles venaient tout de même à manquer aux exigences de respect, dignité et décence. Enfin, l'article 16-1-1 du code civil, texte nouveau mais général, ne remet pas en question les dispositions spéciales antérieures, tels les articles L. 1211-1 et L. 1211-2 du code de la santé publique relatives aux cessions ou utilisations de corps humains à des fins médicales ou scientifiques, ou les adaptations jurisprudentielles de l'article 895 du code civil concernant le legs du corps à la science.

## II – DROIT DU TRAVAIL

### Introduction

Toujours pourvue d'un flux de contentieux très fourni, la chambre sociale a poursuivi pendant l'année 2010 le travail de construction normative entrepris les années précédentes, ajoutant petit à petit, au fil des espèces soumises à son examen, des pierres à l'édifice de sa jurisprudence...

Les commentaires qui suivent démontreront la place importante occupée au cours de ces derniers mois par les questions relatives à la mise en œuvre de la loi n° 2008-739 du 20 août 2008 sur la démocratie sociale, loi qui, on le sait, a bouleversé toutes les règles de la représentativité syndicale, désormais conditionnée à l'audience électorale obtenue par les organisations syndicales au premier tour des élections, tous les quatre ans, des représentants titulaires des salariés au comité d'entreprise ou à la délégation unique ou, à défaut, aux élections des délégués du personnel. La chambre s'efforce, dans l'intérêt de ceux qui, en entreprise doivent immédiatement appliquer cette nouvelle législation, et avec l'aide des juges d'instance concernés au premier chef par le sujet qu'ils traitent jusqu'alors en dernier ressort, de donner aux nombreuses interrogations suscitées par le nouveau texte des réponses rapides dont elle n'ignore pas l'impact considérable en terme de paysage syndical. Des réponses qu'elle a le souci essentiel d'articuler avec les principes fondamentaux de notre droit positif mais aussi avec les exigences pragmatiques des entreprises où il est impératif, pour des raisons de sécurité juridique mais aussi financières, d'éviter au maximum les litiges et de régler rapidement et dans le respect des droits de tous, ceux qui peuvent advenir. Ces considérations avaient conduit au revirement intervenu le 23 septembre 2009 quant à la recevabilité du pourvoi contre les décisions du juge d'instance statuant en matière préélectorale ; elles ont aussi inspiré la décision du 26 mars 2010, aménageant dans le temps, les conséquences de ce revirement.

De nombreux autres sujets ont, cependant, occupé aussi les audiences de la chambre sociale en 2010, parmi lesquels il faut citer bien sûr tous les problèmes liés au harcèlement, à la discrimination et à l'application du principe d'égalité de traitement.

Deux très importants arrêts sont intervenus à cet égard le 11 mai 2010 qui, faisant pour la première fois une application directe de la Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, ont censuré les arrêts attaqués, l'un pour n'avoir pas recherché si la limite d'âge imposée pour le départ en retraite par le règlement de l'Opéra de Paris à l'ensemble de son personnel était justifiée objectivement et raisonnablement par un objectif légitime s'agissant de l'employée en cause, l'autre, qui concernait un pilote ayant dû cesser son activité à 60 ans par application du code de l'aviation civile, pour n'avoir pas vérifié si cette limite d'âge imposée par les textes de droit interne était cependant nécessaire à la réalisation de l'objectif, par ailleurs légitime, de bon fonctionnement de la navigation aérienne et de sécurité des utilisateurs et des travailleurs. Il faut y ajouter l'autre décision remarquable du 6 juillet 2010 qui a tenté d'apporter pour la première fois une réponse à la question,

essentielle, du périmètre de la comparaison du travail de valeur égale dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes.

Les sujets, récurrents, de la définition du contrat de travail, des obligations respectives des parties et de sa rupture ont, eux aussi été largement abordés en 2010.

Il faut évoquer, en particulier, l'arrêt du 10 février 2010 qui a exclu l'applicabilité du droit coutumier de Nouvelle-Calédonie au contrat de travail, celui du 20 janvier 2010, rendu à propos d'une personne « consacrée », ayant prononcé des vœux privés valant engagement de mener une vie religieuse, au sein d'une association privée de fidèles, et revendiquant le statut de salarié pour les activités qu'elle y avait déployées, qui a jugé, comme l'avait déjà fait l'arrêt « Île de la tentation » en 2009, que la qualification de contrat de travail n'est pas à la disposition des parties mais qu'elle est liée aux conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs. Il convient encore d'évoquer les décisions du 17 février 2010 relatives à des contrats de portage salarial qui ont rappelé qu'en l'absence de règles dérogoires légales et en l'état de celles qui étaient applicables avant la loi du 20 août 2008 dont il est permis d'ailleurs de se demander si elle modifie l'état du droit sur ce point, ce dispositif qui suppose la conclusion d'un contrat de travail entre le porteur et le salarié porté, restait soumis aux règles impératives du droit du travail et en particulier à celle selon laquelle il incombe à l'employeur de fournir du travail à son salarié. Signalons encore, à propos du droit disciplinaire, l'arrêt du 26 octobre 2010 qui, rejoignant la position adoptée par le Conseil d'État dès 1990, a affirmé qu'une sanction disciplinaire ne pouvait être prononcée qu'à la condition d'être prévue par le règlement intérieur de l'entreprise et, s'agissant d'une mise à pied, qu'elle n'était licite que si sa durée maximale y était précisée; celui du 15 septembre 2010 qui a, quant à lui, décidé que c'était toujours à l'employeur, parce qu'il est seul à disposer des éléments de preuve nécessaires, d'établir le motif du recours à un contrat à durée déterminée. Plusieurs décisions importantes ont enfin été rendues à propos de la rupture du contrat de travail. Ainsi celle du 2 juin 2010 sur la compatibilité d'une prise d'acte et de l'exécution d'un préavis ou, s'agissant des licenciements économiques, celle du 26 octobre 2010 qui a jugé qu'un plan de sauvegarde de l'emploi n'était pas nécessaire lorsque l'employeur envisage de réduire ses effectifs sans recourir à des licenciements.

Beaucoup d'autres décisions mériteraient un mot de commentaire (par exemple celle rendue le 11 mai 2010 à propos « des salariés de l'amiante » qui a consacré l'existence d'un préjudice d'anxiété, celle du 30 novembre 2010 relative aux obligations respectives de l'entreprise de travail intérimaire et de l'entreprise utilisatrice en matière de sécurité, celle du 16 novembre 2010 qui a limité la portée de la règle de l'unicité de l'instance en la limitant aux seules hypothèses où le juge a statué au fond ou encore celle du 2 juin 2010 ayant précisé la place de la HALDE dans les procès civils) mais ce propos introductif n'y suffirait pas. Le lecteur découvrira par lui-même toute la richesse de la production 2010 de la chambre sociale dans les développements qui suivent auxquels il paraît préférable de le renvoyer.

Les arrêts les plus significatifs rendus en 2010 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 la nature et la définition au sens large du contrat de travail (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, devenu L. 1224-1 du code du travail). Est notamment commenté dans cette rubrique un arrêt sur la nature juridique du contrat de portage salarial (Soc., 17 février 2010, *Bull.* 2010, V, n° 41, pourvoi n° 08-45.298), et un arrêt du 26 octobre 2010 (Soc., 26 octobre 2010, *Bull.* 2010, V, n° 243, pourvoi n° 09-42.740) précisant que l'employeur ne peut prononcer de sanctions disciplinaires que pour autant qu'elles sont prévues par le règlement intérieur.

- 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 119 du Traité CEE – devenu l'article 141 du Traité CE puis 157 du Traité UE –, 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 »). Figure dans cette rubrique un arrêt du 24 novembre 2010 (*Bull.* 2010, V, n° 266, pourvoi n° 09-40.928) sur la charge de la preuve des heures supplémentaires.

- 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 un arrêt du 11 mai 2010 sur l'indemnisation des victimes de l'amiante (*Bull.* 2010, V, n° 106, pourvois n° 09-42.241 à 09-42.257) et un arrêt du 30 novembre 2010 sur la sécurité des salariés des entreprises de travail temporaire (*Bull.* 2010, V, n° 270, pourvoi n° 08-70.390).

- La quatrième rubrique, intitulée « Égalité de traitement, discrimination, harcèlement », est nouvelle. Elle évoque le droit des salariés au respect d'une égalité de traitement, d'une non-discrimination, et contient également les décisions rendues en matière de harcèlement matériel ou moral. Elle comprend cette année plusieurs arrêts très importants, et notamment un arrêt précisant, en matière d'égalité de traitement, la notion de valeur de travail égal (Soc., 6 juillet 2010, *Bull.* 2010, V, n° 158, pourvoi n° 09-40.021), un arrêt sur la discrimination liée à l'âge, s'agissant de la mise à la retraite des pilotes de ligne (Soc., 11 mai 2010, *Bull.* 2010, V, n° 105, pourvois n° 08-43.681 et 08-45.307) et un arrêt sur l'obligation de résultat pesant sur l'employeur pour empêcher le harcèlement de ses salariés dans l'entreprise (Soc., 3 février 2010, *Bull.* 2010, V, n° 30, pourvois n° 08-44.019 et 08-40.144).



- 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. Il n'y pas cette année, dans cette rubrique, d'arrêts publiés au *Rapport annuel*.

- La sixième rubrique, « Représentation du personnel et élections professionnelles », concerne les élections professionnelles et le processus électoral, les représentants syndicaux et le syndicats, les élus des diverses institutions représentatives, leur protection particulière (salariés dits protégés), l'unité économique et sociale (UES) et les établissements distincts. Cette rubrique comprend, comme l'année précédente, beaucoup d'arrêts importants précisant la portée de certaines dispositions de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail. On y trouvera notamment l'arrêt du 14 avril 2010 (*Bull.* 2010, V, n° 100, pourvois n° 09-60.426 et 09-60.429) sur la conformité de la loi du 20 août 2008 aux textes européens et internationaux, ainsi que deux arrêts précisant le contrôle de la Cour de cassation en matière de consultation des institutions représentatives du personnel et de recours à un expert par ces dernières (Soc., 30 juin 2010, *Bull.* 2010, V, n° 156, pourvoi n° 09-13.640; Soc., 26 octobre 2010, *Bull.* 2010, V, n° 248, pourvoi n° 09-65.565).

- La septième rubrique, « Rupture du contrat de travail », regroupe toutes les questions relatives à la rupture amiable du contrat de travail, à la prise d'acte de la rupture, à la démission, aux licenciements disciplinaires, pour motifs personnel ou économique. Figure notamment dans cette rubrique un arrêt sur les conditions du recours au plan de sauvegarde de l'emploi dans le cadre de départs exclusivement volontaires (Soc., 26 octobre 2010, *Bull.* 2010, V, n° 245, pourvoi n° 09-15.187), et un arrêt sur les conditions de licenciements économiques lorsque la décision est prise au niveau d'une unité économique et sociale (Soc., 16 novembre 2010, *Bull.* 2010, V, n° 258, pourvois n° 09-69.485 à 09-69.489).

- Enfin la huitième rubrique, « Actions en justice », concerne la saisine des juridictions (conseil 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. Cette rubrique contient plusieurs arrêts importants, dont un arrêt sur la place de la HALDE dans les procès civils (Soc., 2 juin 2010, *Bull.* 2010, V, n° 124, pourvoi n° 08-40.628), un arrêt sur les conséquences de l'application d'une loi rétroactive et la notion d'espérance légitime (Soc., 24 novembre 2010, *Bull.* 2010, V, n° 268, pourvois n° 08-44.181, 08-44.182 et 08-44.184 à 08-44.186), et enfin un arrêt relatif au principe de l'unicité de l'instance prud'homale lorsque la précédente instance n'a pas donné lieu à décision au fond (Soc., 16 novembre 2010, *Bull.* 2010, V, n° 260, pourvoi n° 09-70.404).

## A – Contrat de travail, organisation et exécution du travail

### 1 – Emploi et formation

...

## 2 – Droits et obligations des parties au contrat de travail

### ***Le contrat de travail ne peut être régi par le droit coutumier***

**Outre-mer – Nouvelle-Calédonie – Statut civil coutumier – Domaine d'application – Étendue – Exclusion – Rapports professionnels résultant d'un travail accompli dans un lien de subordination**

*Soc., 10 février 2010, Bull. 2010, V, n° 37, pourvoi n° 08-70.084*

Les articles 9 et 19 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et L. 562-19 et L. 562-20 du code de l'organisation judiciaire réservent à la juridiction coutumière néo-calédonienne (en réalité, le tribunal civil complété par des assesseurs coutumiers) la connaissance des litiges opposant des parties relevant l'une et l'autre du statut coutumier et portant sur une matière régie par le droit coutumier. Ces dispositions invitent à se reporter à l'article 7 de la loi organique qui dispose que « les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak [...] sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes. »

On pouvait se demander si la condition tenant au statut personnel des parties est satisfaite lorsque, comme en l'espèce, le litige oppose un salarié à un employeur personne morale. Le renvoi à l'article 75 de la Constitution qui vise le citoyen ainsi que la notion de statut personnel dont la loi organique dit qu'il s'acquiert par filiation, ouvrent-ils l'accès au statut coutumier à des personnes morales ? Mais l'arrêt ne dit rien sur ce point et s'attache uniquement à la seconde condition tenant à la nature du litige et non plus au statut des parties.

L'arrêt retient que les rapports résultant d'un travail subordonné sont régis par un droit du travail essentiellement fait de règles dérogatoires au droit commun des contrats et dont l'objet est aussi l'organisation des rapports collectifs dans l'entreprise et dans la profession. Parce qu'il est attaché à la personne, le droit coutumier ne peut pas régir de tels rapports. Ainsi en cas de transfert d'entreprise, ou de licenciement collectif ne peut-on guère admettre que les travailleurs soient traités différemment selon leur statut ou que, dans la négociation collective, un délégué syndical puisse représenter certains travailleurs et pas d'autres.

### ***Mutation géographique et modification du contrat de travail***

**Contrat de travail, exécution – Employeur – Pouvoir de direction – Conditions de travail – Modification – Domaine d'application – Affectation en dehors des limites prévues par une clause de mobilité géographique – Condition**

*Soc., 3 février 2010, Bull. 2010, V, n° 31, pourvoi n° 08-41.412*

Il est jugé par la Cour de cassation que la mutation géographique d'un salarié par l'employeur à l'intérieur d'un même secteur géographique constitue un simple changement de ses conditions de travail et s'impose à lui (*Soc.*, 3 mai 2006, *Bull.* 2006, V, n° 158, pourvoi n° 04-41.880) tandis que sa mutation au-delà des limites d'un même secteur géographique caractérise une modification de son contrat de travail soumise à son accord et qu'il

est en droit de refuser (Soc., 4 mai 1999, *Bull.* 1999, V, n° 186, pourvoi n° 97-40.576; Soc., 10 juillet 2002, pourvoi n° 00-42.937).

Cependant, par dérogation à cette dernière règle, il a été admis 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).

L'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 3 février 2010 concernait également le déplacement occasionnel d'un salarié mais se présentait dans des circonstances de fait et de droit un peu différentes de celle tranchée par l'arrêt de 2003. En l'espèce, la salariée dont le contrat de travail comportait une clause de mobilité géographique limitée à la commune de Chatou et aux communes limitrophes, avait été licenciée pour faute grave à raison de son refus d'une affectation temporaire au-delà de ces limites motivée par la réalisation de travaux dans le magasin où elle exécutait sa prestation de travail.

La différence était double par rapport au précédent de 2003 : la question n'était pas celle d'une mutation au-delà des limites d'un même secteur géographique, mais d'une mutation au-delà des limites d'une clause contractuelle de mobilité géographique ; d'où l'interrogation suivante : est-ce que cette dernière circonstance était de nature à empêcher toute mutation occasionnelle hors des limites de la clause contractuelle ? Dans la négative, les conditions de validité d'un déplacement occasionnel demeuraient-elles les mêmes, étant observé que dans le cas d'espèce les fonctions de la salariée n'avaient aucune spécificité particulière et notamment n'impliquaient pas de sa part une certaine mobilité géographique ?

L'arrêt du 3 février 2010 règle ces questions de la manière suivante : il n'y a pas lieu de distinguer entre l'affectation occasionnelle d'un salarié hors des limites du secteur géographique et l'affectation occasionnelle d'un salarié au-delà des limites prévues par une clause de mobilité géographique. Dans l'un et l'autre cas, elle est possible et peut ne pas constituer une modification de son contrat de travail. Mais il n'en est ainsi que si cette affectation est motivée par l'intérêt de l'entreprise et justifiée par des circonstances exceptionnelles et que le salarié est informé dans un délai raisonnable du caractère temporaire de l'affectation et de sa durée prévisible.

### ***Sanctions disciplinaires et règlement intérieur***

**Contrat de travail, exécution – Employeur – Pouvoir disciplinaire – Sanction – Conditions – Sanction prévue par le règlement intérieur de l'entreprise – Portée**

*Soc., 26 octobre 2010, Bull. 2010, V, n° 243, pourvoi n° 09-42.740*

L'arrêt rendu le 26 octobre 2010 permet à la Cour de cassation de se prononcer pour la première fois sur deux questions de principe intéressant le droit disciplinaire au sein de l'entreprise, et ce depuis les modifications apportées dans ce domaine par la loi n° 82-689 du 4 août 1982, notamment par son article 5.

Il est affirmé, d'une part, qu'une sanction disciplinaire ne peut être prononcée contre un salarié que si elle est prévue par le règlement intérieur (1) et, d'autre part, que la mise à pied disciplinaire n'est licite que si le règlement intérieur en précise sa durée maximale (2).

1) L'article L. 1321-1 du code du travail dispose que « le règlement intérieur est un document écrit par lequel l'employeur fixe exclusivement :

1° Les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement, notamment les instructions prévues à l'article L. 4122-1 ;

2° Les conditions dans lesquelles les salariés peuvent être appelés à participer, à la demande de l'employeur, au rétablissement de conditions de travail protectrices de la santé et de la sécurité des salariés, dès lors qu'elles apparaîtraient compromises ;

3° Les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur ».

Le règlement intérieur est obligatoire dans les entreprises ou établissements employant habituellement vingt salariés et plus en vertu des dispositions de l'article L. 1311-2 du code du travail et doit être établi dans les trois mois suivant l'ouverture de l'entreprise, selon l'article R. 1321-5 du même code.

Un arrêt du 25 juin 1987 (*Bull.* 1987, V, n° 423, pourvoi n° 84-42.314) avait jugé, pour des faits antérieurs à la loi du 4 août 1982 et au visa de l'article 1134 du code civil, que : « la sanction de mise à pied est inhérente au pouvoir disciplinaire de l'employeur, lequel a la faculté, en l'absence de dispositions restrictives d'un règlement intérieur ou d'une convention collective, d'en faire usage sous la seule réserve du contrôle de l'autorité judiciaire ».

Dans l'espèce soumise à la chambre sociale, la cour d'appel de Rennes, reprenant ce précédent, avait affirmé que l'employeur, en l'absence de dispositions restrictives d'un règlement intérieur ou d'une convention collective, avait la possibilité de faire usage de son pouvoir disciplinaire sous la seule réserve du contrôle de l'autorité judiciaire.

Cependant, plusieurs éléments, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 août 1982 précitée, militaient en faveur d'une autre solution.

En effet, cette loi a modifié la nature du pouvoir disciplinaire de l'employeur pour instaurer, au sein de l'entreprise, un droit disciplinaire plus formaliste.

Par ailleurs, la chambre sociale avait eu l'occasion de préciser (Soc., 25 septembre 1991, *Bull.* 1991, V, n° 381, pourvoi n° 87-42.396) que : « le règlement intérieur dont l'établissement est obligatoire et par lequel l'employeur fixe exclusivement les mesures d'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité dans l'entreprise et les règles générales relatives à la discipline et énonce les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés, s'impose à tous les membres du personnel comme au chef d'entreprise, dès lors qu'il est régulièrement pris, et constitue un acte réglementaire de droit privé ».

La circulaire DRT n° 91/17 du 10 septembre 1991 (*BO ministère du travail* 1991, n° 20) relative au règlement intérieur et valant communication d'un tableau récapitulatif des clauses de ces règlements rappelait la position de l'administration pour laquelle : « si l'employeur

ne peut infliger d'autres sanctions que celles prévues au règlement intérieur, il reste libre du choix de la sanction en vertu de son pouvoir disciplinaire ».

Enfin, les dispositions relatives au règlement intérieur sont situées au livre III de la première partie du code du travail qui traite aussi du droit disciplinaire.

Cette jurisprudence s'inscrit donc dans une évolution législative et, en limitant le panel des sanctions disciplinaires pouvant être prononcées par l'employeur aux seules sanctions énumérées dans le règlement intérieur, outre les sanctions légales comme le licenciement, assure une plus grande sécurité juridique aux salariés.

2) Le Conseil d'État avait par un arrêt du 21 septembre 1990 (n° 105247) précisé que : « si la mise à pied, qui est une mesure de suspension temporaire du contrat de travail, peut figurer dans l'échelle des sanctions prévues par le règlement intérieur, ledit règlement doit préciser la durée maximale de cette mise à pied ».

La Cour rejoint cette jurisprudence et un parallélisme avec les principes applicables en matière de peine pénale peut être relevé, dès lors qu'une sanction disciplinaire non limitée dans sa durée maximale n'est pas licite.

### **3 – Modification dans la situation juridique de l'employeur**

#### ***Convention collective applicable aux salariés de l'entreprise cessionnaire***

**Contrat de travail, exécution – Employeur – Modification dans la situation juridique de l'employeur – Effets – Convention collective – Mise en cause de la convention ou de l'accord collectif – Application immédiate de la convention collective du cessionnaire – Limites – Maintien des dispositions plus favorables**

*Soc., 10 février 2010, Bull. 2010, V, n° 36, pourvoi n° 08-44.454*

En application de l'alinéa 7 de l'article L. 132-8 ancien du code du travail, lorsque l'application d'une convention ou d'un accord était mise en cause dans une entreprise déterminée en raison notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité, ladite convention ou ledit accord continuait de produire effet conformément aux troisième et sixième alinéas du même texte. En application de l'actuel article L. 2261-14 du code du travail, lorsque l'application d'une convention ou d'un accord est mise en cause dans une entreprise déterminée en raison notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité, cette convention ou cet accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis prévu à l'article L. 2261-9 du même code, soit trois mois, sauf clause prévoyant une durée supérieure.

Dans son précédent du 16 mars 1999 (*Bull.* 1999, V, n° 117, pourvoi n° 96-45.353), la chambre a jugé que le salarié était fondé à invoquer les dispositions de la convention collective de l'entreprise cessionnaire à compter du moment où il en était devenu le salarié, même si, en vertu de l'article L. 132-8 ancien du code du travail, la convention en vigueur

dans la société cédée dont il était le salarié avant son absorption continuait de produire effet dans les conditions prévues par ledit article.

La chambre, par son arrêt du 10 février 2010 (*Bull.* 2010, V, n° 36, pourvoi n° 08-44.454) décide qu'en cas de transfert du contrat de travail par application des dispositions de l'alinéa 2 de l'article L. 122-12 ancien (devenu L. 1224-1) du code du travail, la convention collective dont relève le cessionnaire s'applique immédiatement au salarié, les dispositions les plus favorables de l'accord mis en cause continuant cependant à lui bénéficier dans les conditions prévues par l'article L. 2261-14 précité du code du travail.

La convention collective de la société cessionnaire s'applique donc de plein droit au salarié dont le contrat de travail a été transféré, dès le jour de sa cession, les dispositions plus favorables de l'accord mis en cause appliqué par l'entreprise cédée s'appliquant concurremment au profit du salarié dans les conditions prévues par cet article. Dans la continuité de sa jurisprudence, la chambre distingue ainsi le principe de son aménagement, dans un souci de protection des droits du salarié de l'entreprise cédée.

#### **4 – Contrats particuliers**

##### ***Portage salarial***

**Contrat de travail, exécution – Employeur – Obligations – Fourniture de travail – Portée**

*Soc.*, 17 février 2010, *Bull.* 2010, V, n° 41, pourvoi n° 08-45.298

**Travail réglementation, durée du travail – Travail à temps partiel – Formalités légales – Contrat écrit – Mentions obligatoires – Répartition de la durée du travail – Précision – Défaut – Effet**

*Soc.*, 17 février 2010, *Bull.* 2010, V, n° 41, pourvoi n° 08-40.671

Le « portage salarial » correspond « à diverses pratiques qui se développent sur le marché du travail depuis le début des années 1980 » (Lise Casaux-Labrunée, « Le portage salarial : travail salarié ou travail indépendant », *in Dr. soc.* 2007, p. 58).

À travers l'examen de deux pourvois, le problème de la compatibilité de certaines des particularités de la relation entre entreprise de portage et personne portée avec la qualification de contrat de travail et les règles impératives qui s'y attachent a été mis en débat devant la chambre sociale de la Cour de cassation.

L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail (ANI) a indiqué, à propos du portage salarial, que « considérée comme entachée d'illégalité, cette forme d'activité répond cependant à un besoin social dans la mesure où elle permet le retour à l'emploi de certaines catégories de demandeurs d'emploi, notamment des seniors », ajoutant qu'« il est souhaitable de l'organiser afin de sécuriser la situation des portés ainsi que la relation de prestation de service ».

L'ANI a caractérisé le portage salarial par :

« – une relation triangulaire entre une société de portage, une personne, le porté, et une entreprise cliente,  
– la prospection des clients et la négociation de la prestation et de son prix par le porté,  
– la fourniture des prestations par le porté à l'entreprise cliente,  
– la conclusion d'un contrat de prestation de service entre le client et la société de portage,  
– et la perception du prix de la prestation par la société de portage qui en reverse une partie au porté dans le cadre d'un contrat qualifié de contrat de travail ».

La loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail a inséré dans le code du travail un nouvel article L. 1251-64 qui dispose que « le portage salarial est un ensemble de relations contractuelles organisées entre une entreprise de portage, une personne portée et des entreprises clientes comportant pour la personne portée le régime du salariat et la rémunération de sa prestation chez le client par l'entreprise de portage. Il garantit les droits de la personne portée sur son apport de clientèle ». Cette « reconnaissance », par le législateur, du portage salarial a été assortie d'une disposition prévoyant qu'un accord national interprofessionnel étendu peut confier à une branche dont l'activité est considérée comme la plus proche du portage salarial la mission d'organiser, après consultation des organisations représentant des entreprises de portage salarial et par accord de branche étendu, le portage salarial (*Code du travail*, Lamy, 2009, note sous l'article L. 1251-64). L'ANI a précisément chargé la branche du travail temporaire d'organiser, par accord collectif étendu, la relation triangulaire (cf. *Lamy social* 2008, n° 404, p. 228).

Les situations litigieuses ayant donné lieu aux pourvois portés devant la Cour étant antérieures à la loi du 25 juin 2008, l'analyse juridique dont elles relèvent n'était en principe pas affectée par la récente « reconnaissance » du portage salarial, dont les effets restent, au demeurant, à préciser.

Dans l'état du droit antérieur à la « reconnaissance » de 2008, il n'y avait pas de dispositif législatif spécifique, pas de jurisprudence repérée de la chambre sociale, mais la doctrine était partagée quant à la licéité du portage salarial, singulièrement en ce qu'il vise à placer la relation entre la société de portage et la personne « portée » dans le cadre du contrat de travail.

La question posée est celle de la légalité des pratiques de portage salarial, « qui est loin d'être acquise », selon Lise Casaux-Labrunée (*op. cit.*).

La doctrine avait fait principalement porter le débat sur deux des éléments essentiels du contrat de travail : le lien de subordination, et l'obligation de l'employeur de fournir du travail à son salarié, éléments au regard desquels la relation entre le « porté » et l'entreprise de portage paraissait poser problème.

Le pourvoi n° 08-45.298 soumis à la chambre sociale visait un arrêt qui, pour juger que le licenciement d'un salarié « porté » était fondé sur une cause réelle et sérieuse et le débouter de ses demandes relatives à des salaires, développait des motifs tirés de ce que l'intéressé n'avait pas travaillé pendant plusieurs périodes faute d'avoir trouvé des missions à effectuer.

Soulignant que « le contrat de travail comporte pour l'employeur l'obligation de fournir du travail au salarié », la chambre sociale a prononcé la cassation de l'arrêt au visa des articles L. 1211-1 et L. 1221-1 du code du travail en précisant que c'était à la société de portage, en sa qualité d'employeur, de fournir du travail à son salarié « porté ».

Le pourvoi n° 08-40.671 frappait un arrêt rejetant la demande du salarié « porté » en requalification de son contrat de travail à temps partiel en temps plein après avoir constaté que le contrat prévoyait une durée de travail minimale symbolique, la durée réelle étant variable et dépendant de l'activité déployée par le salarié selon sa propre initiative.

Affirmant que, « sauf exceptions prévues par la loi, il ne peut être dérogé par l'employeur à l'obligation de mentionner, dans le contrat de travail à temps partiel, la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue, et la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois », la chambre sociale a également prononcé la cassation.

Par ces deux arrêts du 17 février 2010, la chambre sociale met en évidence que la qualification de contrat de travail et le régime juridique qui en découle ne sont pas à la disposition des parties qui estiment pouvoir s'affranchir des obligations qui s'y rattachent en fonction de ce qui leur paraît commode. Elle se place dans la continuité, et dans la cohérence, de la jurisprudence suivant laquelle « la seule volonté des parties [est] impuissante à soustraire [un travailleur] au statut social qui découlait nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail » (Ass. plén., 4 mars 1983, *Bull.* 1983, Ass. plén., n° 3, pourvois n° 81-11.647 et 81-15.290).

### **Contrat à durée déterminée, preuve des motifs**

**Contrat de travail, durée déterminée – Formalités légales – Mentions obligatoires – Motif du recours – Réalité du motif de recours au CDD énoncé dans le contrat – Preuve – Charge – Détermination – Portée**  
*Soc., 15 septembre 2010, Bull. 2010, V, n° 179, pourvoi n° 09-40.473*

Le problème qui était posé à la chambre sociale était de savoir sur qui pèse la charge de la preuve en cas de recours à un contrat de travail à durée déterminée.

En l'espèce, une salariée avait été engagée par un premier contrat de travail à durée déterminée en qualité d'agent de service entretien pour faire face au remplacement d'un salarié absent pour congés annuels. Onze autres contrats de travail à durée déterminée s'étaient succédés pour assurer le remplacement de divers salariés absents pour congés annuels ou congés maladie.

Au soutien de sa demande de requalification des contrats à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée, la salariée faisait valoir notamment que ces contrats avaient été conclus pour un faux motif, le cas de recours mentionné, à savoir le remplacement d'un salarié absent, ne correspondant pas à la réalité.

Pour rejeter sa demande de requalification, la cour d'appel avait relevé que selon l'article L. 1242-2 du code du travail l'employeur n'est pas obligé de mentionner dans le contrat de travail à durée déterminée le motif de l'absence des salariés remplacés et qu'aucun élément n'était fourni par la salariée sur le caractère mensonger qu'elle alléguait des mentions relatives aux absences de salariés.

La chambre sociale censure cet arrêt par un attendu de principe : « en cas de litige sur le motif du recours [à un contrat de travail à durée déterminée], il incombe à l'employeur de rapporter la preuve de la réalité du motif énoncé dans le contrat ».



Le caractère dérogatoire qui s'attache à la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée oblige l'employeur à justifier que le contrat de travail a bien été conclu dans l'un des cas prévus par l'article L. 1242-2 du code du travail. C'est ainsi que la chambre a déjà jugé qu'il appartient à l'employeur de rapporter la preuve d'un accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise (Soc., 1<sup>er</sup> février 2000, *Bull.* 2000, V, n° 46, pourvoi n° 97-44.952).

De même, c'est à l'employeur de justifier qu'il appartient à l'un des secteurs d'activité visés par l'article D. 1242-1 du code du travail dans lesquels il est d'usage de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée et que l'emploi considéré est de ceux pour lesquels il est d'usage de conclure un contrat de travail à durée déterminée (Soc., 20 septembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 269, pourvoi n° 05-41.883).

La chambre avait également jugé qu'en matière de travail temporaire, il incombe à l'entreprise utilisatrice de rapporter la preuve de la réalité du motif énoncé dans le contrat (Soc., 28 novembre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 202, pourvoi n° 06-44.843).

Le code du travail permet certes à l'employeur de pallier provisoirement l'absence du salarié absent pour maladie ou pour congés payés par le recours aux contrats à durée déterminée de remplacement afin d'assurer le fonctionnement normal de l'entreprise tout en préservant l'emploi du salarié momentanément absent.

L'article L. 1242-12 du code du travail prévoit que dans un tel cas, le contrat à durée déterminée doit comporter le nom et la qualification professionnelle de la personne remplacée. Est ainsi prohibé le recours à un contrat à durée déterminée pour remplacer tout membre du personnel absent en raison d'une maladie (Soc., 24 février 1998, *Bull.* 1998, V, n° 98, pourvoi n° 95-41.420).

De même, le contrat de travail à durée déterminée est requalifié lorsqu'il mentionne le nom et la qualification de différents salariés qui sont remplacés successivement : le contrat de travail à durée déterminée ne peut être conclu que pour le remplacement d'un seul salarié en cas d'absence (Soc., 28 juin 2006, deux arrêts, *Bull.* 2006, V, n° 228, pourvois n° 04-40.455 et 04-43.053).

La loi prévoit également le recours à des contrats à durée déterminée successifs pour remplacer un salarié malade et la chambre sociale est venue préciser que la durée maximale de dix-huit mois prévue à l'article L. 1242-8 du code du travail ne s'appliquait pas en cas de recours à des contrats de durée déterminée de date à date successifs avec le même salarié pour couvrir une même absence (Soc., 8 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 63, pourvoi n° 04-41.279).

La chambre sociale a encore jugé que l'employeur n'est pas obligé d'affecter le salarié recruté en remplacement au poste même occupé par la personne absente : le remplacement en cascade est autorisé dès lors qu'il résulte bien de l'absence d'un salarié de l'entreprise ; dans un tel cas, le salarié absent de son poste est remplacé par un autre salarié de l'entreprise, muté provisoirement sur ce poste vacant, l'intéressé étant lui-même remplacé par un salarié sous contrat à durée déterminée. Le contrat à durée déterminée doit alors spécifier ce remplacement en chaîne et indiquer le nom et la qualification du salarié réellement absent (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).

Compte tenu de la souplesse accordée à ce régime par la jurisprudence, il était normal que la chambre sociale se montre vigilante quant à la preuve de la réalité du motif invoqué par l'employeur pour recourir à un contrat à durée déterminée de remplacement.

### **Engagement au sein d'une communauté religieuse**

**Contrat de travail, formation – Définition – Lien de subordination – Applications diverses – Communauté religieuse – Personne engagée au sein d'une communauté et y ayant pris l'habit religieux – Condition**  
*Soc., 20 janvier 2010, Bull. 2010, V, n° 15, pourvoi n° 08-42.207*

La chambre sociale a été saisie d'un pourvoi formé contre l'arrêt infirmatif d'une cour d'appel qui a jugé que la personne s'étant engagée au sein d'une communauté ayant, pour l'Église catholique, le statut d'une association privée de fidèles et y ayant pris l'habit religieux, n'était pas liée à elle par un contrat de travail pour les tâches qu'elle y accomplissait.

Dans la jurisprudence de la chambre sociale, la caractérisation d'une relation de travail salarié repose sur des éléments *a priori* objectifs. Le salarié est celui qui accomplit un travail dans un lien de subordination, celui-ci étant 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 seule volonté des parties est impuissante à soustraire un travailleur au statut social qui découle nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail (Ass. plén., 4 mars 1983, *Bull.* 1983, Ass. plén., n° 3, pourvois n° 81-11.647 et 81-15.290). Et l'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à la convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité professionnelle (Soc., 17 avril 1991, *Bull.* 1991, V, n° 200, pourvoi n° 88-40.121).

La jurisprudence de la Cour de cassation a cependant admis que l'engagement religieux était exclusif d'une relation de travail salarié.

Dans un arrêt du 8 janvier 1993, l'assemblée plénière, saisie d'un pourvoi contre un arrêt ayant conclu à l'existence d'un contrat de travail entre une sœur de la Congrégation des petites sœurs de l'Assomption qui exerçait une activité d'infirmière et d'assistante sociale dans différents centres médicaux organisés par sa congrégation (constitués d'unités d'une dizaine de religieuses vivant économiquement de façon autonome grâce au travail effectué par les membres) et qui recevait des avantages en nature en contrepartie de son travail, et sa congrégation, a rendu un arrêt de cassation au motif qu'il résultait des constatations de la cour que la religieuse « n'avait exercé son activité que pour le compte et au bénéfice de sa congrégation, ce qui excluait l'existence d'un contrat de travail » (Ass. plén., 8 janvier 1993, *Bull.* 1993, Ass. plén., n° 2, pourvoi n° 87-20.036).

La chambre sociale a fait application de cette jurisprudence dans un arrêt du 12 juillet 2005 où, reprenant une formule d'un précédent arrêt du 20 novembre 1986 (*Bull.* 1986, V, n° 549, pourvoi n° 84-43.643), elle a considéré que « les pasteurs des églises et œuvres culturelles relevant de la Fédération protestante de France ne concluent pas, relativement à l'exercice de leur ministère, un contrat de travail avec les associations culturelles légalement

établies ». Dès lors, la cour d'appel qui avait constaté que la Mission populaire évangélique était une association culturelle dépendant de la Fédération protestante de France, laquelle aux termes de ses statuts « entend vivre et manifester l'Évangile en milieu populaire » et que les fonctions de l'intéressé à Marseille étaient celles de pasteur, ministre du culte, auprès de cette association, en avait exactement déduit qu'il n'était pas lié à l'association par un contrat de travail (Soc., 12 juillet 2005, *Bull.* 2005, V, n° 243, pourvoi n° 03-43.354).

Toutefois, l'examen de la jurisprudence fait apparaître que toute situation concernant des religieux n'est pas nécessairement exclusive de l'existence d'un contrat de travail.

Ainsi, les tâches accomplies par des religieux, non pas au service de leur congrégation ou d'une association culturelle légalement établie, mais d'un tiers peuvent être constitutives d'un contrat de travail. Il en va ainsi pour une religieuse appartenant à une congrégation, mais s'agissant de son activité d'éducatrice à la section des enfants inadaptés d'un orphelinat dépendant d'une association distincte (Ch. mixte, 26 mai 1972, *Bull.* 1972, Ch. mixte, n° 4, pourvoi n° 69-11.290). Dans le même esprit, la chambre sociale, dans un arrêt du 20 décembre 1990 (*Bull.* 1990, V, n° 704, pourvoi n° 88-11.451), a raisonné de façon analogue à propos de deux prêtres et de deux religieux catholiques qui avaient apporté leur concours pendant les années 1980 à 1983 à l'université catholique de l'Ouest (UCO), soit pour animer des sessions ou des journées de formation, soit pour participer à la sélection de candidats à un institut fonctionnant au sein de cette université, et qui avaient fait l'objet, du chef de cette activité, d'une affiliation au régime général de la sécurité sociale maintenue par l'arrêt frappé de pourvoi. Elle a rejeté ce dernier, considérant que, pour de telles activités distinctes de leur fonction sacerdotale ou religieuse, la recherche des éléments caractérisant la relation de travail salarié était justifiée.

Dans un arrêt du 20 novembre 1986, la chambre sociale a décidé que les fonctions des professeurs de théologie ne relevaient pas du ministère pastoral et que l'Union nationale des associations culturelles de l'Église réformée de France (UNAC-ERF) n'était pas fondée à assimiler les professeurs de théologie aux ministres du culte pour en déduire que les dispositions du code du travail ne pouvaient être appliquées (*Bull.* 1986, V, n° 555, pourvoi n° 84-43.243). La jurisprudence de l'arrêt d'assemblée plénière de 1993 se trouve écartée ici parce que les activités ne sont pas celles d'un ministre du culte.

Tirant les enseignements d'une jurisprudence nuancée, le professeur Mouly a observé que « les ministres d'un culte, dans l'exercice de leur mission religieuse, ne sont pas titulaires d'un contrat de travail alors même qu'ils peuvent se trouver dans une situation de subordination juridique à l'égard de leur hiérarchie et qu'ils perçoivent souvent une rémunération. C'est qu'en effet, si ces personnels sont bien tenus de se conformer à certaines prescriptions, comme des salariés, ce n'est pas en raison d'un contrat de travail, mais à cause de leur statut de clercs et des vœux d'obéissance qu'ils ont prononcés pour l'acquiescer. Le schéma du contrat de travail est ici totalement hors de propos [...]. La situation du prêtre est tout entière absorbée par son appartenance à sa communauté. C'est elle et elle seule qui explique et justifie le travail fourni par l'homme de foi ». L'auteur ajoute que « cela ne signifie pas qu'un ecclésiastique ne puisse jamais être titulaire d'un contrat de travail. L'expérience des prêtres ouvriers est là pour attester du contraire ; mais dans cette hypothèse, le prêtre travaille non pour son Église, mais pour un tiers, même s'il conserve là encore une mission d'évangélisation. En

revanche, lorsque le cleric travaille pour sa communauté, la relation institutionnelle qui s'instaure ne laisse aucune place au contrat de travail » (« Jusqu'où l'appartenance à une communauté religieuse peut-elle exclure le salariat », *in Dr. Soc.* 2007, p. 742).

Le pourvoi porté devant la chambre sociale, qui était relatif à une personne ayant prononcé des vœux et pris l'habit, non dans le cadre d'une congrégation ou d'une association culturelle légalement établie, mais dans celui d'une association privée de fidèles, fournissait une nouvelle occasion de préciser la portée de l'arrêt d'assemblée plénière.

Dans un arrêt du 29 octobre 2008 (*Bull.* 2008, V, n° 206, pourvoi n° 07-44.766), la chambre sociale avait eu à connaître de la situation de deux époux, laïcs, entrés dans une communauté religieuse catholique – se définissant comme « contemplative et missionnaire » – dénommée « Le Verbe de vie », association privée de fidèles, et qui y assuraient, l'un la responsabilité de la gestion et de l'entretien du patrimoine, l'autre celle des tâches de secrétariat, lingerie et d'organisation de manifestations.

Saisie d'un pourvoi qui faisait grief à l'arrêt de la cour d'appel d'avoir dit que le conseil de prud'hommes était compétent pour statuer sur les demandes des époux portant notamment sur des rappels de salaires et sur une indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse, la chambre sociale a rendu un arrêt de rejet, approuvant les juges du fond d'avoir examiné les conditions de fait d'exercice par les deux époux de leur activité, pour en déduire « qu'indépendamment de la nature spirituelle de leur engagement, ils avaient travaillé pour le compte de l'association dans un rapport de subordination caractérisant un contrat de travail » (Soc., 29 octobre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 206, pourvoi n° 07-44.766).

S'agissant, cette fois, non pas d'une « laïque » engagée dans une association privée de fidèles, mais d'une « consacrée » ayant prononcé des vœux privés valant engagement de mener, au sein de la communauté, une vie de « type monastique », y avait-il lieu de s'inspirer de la solution de l'arrêt du 29 octobre 2008 de la chambre sociale, ou bien d'étendre, par analogie, la solution de l'arrêt d'assemblée plénière de 1993 ?

Dans son arrêt rendu en formation plénière, la chambre sociale a rappelé que « l'existence d'une relation de travail salariée ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donné à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs », ajoutant que « l'engagement religieux d'une personne n'est susceptible d'exclure l'existence d'un contrat de travail que pour les activités qu'elle accomplit pour le compte et au bénéfice d'une congrégation ou d'une association culturelle légalement établie ».

Dès lors, la cour d'appel, qui avait considéré que les conditions dans lesquelles l'intéressée avait exécuté, dans le cadre d'un engagement de nature religieuse, les tâches définies par les responsables de la communauté étaient « exclusives de l'existence de tout contrat de travail », alors qu'il résultait de ses constatations que l'association privée de fidèles n'était ni une association culturelle, ni une congrégation et qu'il lui appartenait de rechercher si les critères d'un contrat de travail étaient réunis, avait violé l'article L. 1221-1 du code du travail et son arrêt devait être cassé.

L'arrêt ainsi rendu par la chambre sociale témoigne du souci de cantonner strictement la jurisprudence issue de l'arrêt d'assemblée plénière de 1993 quant aux conséquences de l'engagement religieux sur la possibilité de caractériser une relation de travail salariée.

Il constitue par ailleurs, après l'arrêt du 3 juin 2009 rendu dans sa formation plénière à propos de participants au tournage de l'émission « L'île de la tentation » (*Bull.* 2009, V, n° 141, pourvois n° 08-40.981 à 08-40.983 et 08-41.712 à 08-41.714) un nouveau témoignage de la volonté de la chambre sociale de n'admettre que de façon exceptionnelle les dérogations à l'application du principe de définition objective de la relation de travail salariée liée « aux conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ».

## **B – Durée du travail et rémunérations**

### **1 – Durée du travail, repos et congés**

#### ***Charge de la preuve des heures supplémentaires***

**Contrat de travail, exécution – Salaire – Heures complémentaires – Accomplissement – Preuve – Charge – Portée**  
*Soc., 24 novembre 2010, Bull. 2010, V, n° 266, pourvoi n° 09-40.928*

Dans cet arrêt la chambre sociale a cassé un arrêt de la cour d'appel de Toulouse sur deux points :

1) Le premier, relatif au délai restreint entre la mise en œuvre de la rupture du contrat de travail et la connaissance par l'employeur des faits suscitant une telle procédure dès lors qu'aucune vérification n'est nécessaire, n'est que le rappel d'une jurisprudence établie depuis notamment un arrêt du 16 juin 1998 (*Soc.*, 16 juin 1998, *Bull.* 1998, V, n° 326, pourvoi n° 96-42.054) et reprise dans un arrêt plus récent (*Soc.*, 6 octobre 2010, *Bull.* 2010, V, n° 214, pourvoi n° 09-41.294) relatif à la rupture d'un contrat de travail à durée déterminée.

2) Le mode de preuve des heures supplémentaires ou complémentaires, qui suivent le même régime, est défini par l'article L. 3171-4 du code du travail lequel dispose qu'« en cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, l'employeur fournit au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié.

Au vu de ces éléments et de ceux fournis par le salarié à l'appui de sa demande, le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

La jurisprudence a précisé, pour les heures supplémentaires, que si la preuve de ces heures n'incombe spécialement à aucune des parties et que l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande – en ce sens *Soc.*, 25 février 2004, *Bull.* 2004, V, n° 62, pourvoi n° 01-45.441 et *Soc.*, 10 mars 2009, *Bull.* 2009, V, n° 66, pourvoi n° 07-44.092.

Cette position est transposable aux heures complémentaires (Soc., 10 mai 2007, *Bull.* 2007, V, n° 71, pourvoi n° 05-45.932, qui a jugé : « attendu cependant, que s'il résulte de l'article L. 212-1-1 du code du travail que la preuve des heures de travail effectuées n'incombe spécialement à aucune des parties et que l'employeur doit fournir au juge les éléments de nature à justifier les horaires effectivement réalisés par le salarié, il appartient cependant à ce dernier de fournir préalablement au juge des éléments de nature à étayer sa demande; que toutefois celui-ci ne peut rejeter une demande en paiement d'heures complémentaires aux motifs que les éléments produits par le salarié ne prouvent pas le bien-fondé de sa demande »).

Il en résulte que le salarié doit d'abord apporter des éléments de nature à étayer sa demande, puis c'est à l'employeur, s'il conteste cette demande, d'y répondre en produisant les éléments de fait nécessaires.

Il est apparu opportun d'apporter une précision quant à la notion « d'étayer une demande » dans cette hypothèse.

Parce que le préalable pèse sur le salarié et que la charge de la preuve n'incombe spécialement à aucune des parties, le salarié n'a pas à apporter des éléments de preuve mais seulement des éléments factuels, pouvant être établis unilatéralement par ses soins, mais revêtant un minimum de précision afin que l'employeur, qui assure le contrôle des heures de travail accomplies, puisse y répondre utilement.

## 2 – Rémunérations

...

## C – Santé et sécurité au travail

### *Indemnisation des victimes de l'amiante*

Contrat de travail, exécution – Employeur – Obligations – Sécurité des salariés – Obligation de résultat – Manquement – Préjudice – Préjudice spécifique d'anxiété – Caractérisation – Cas

Sécurité sociale, allocations diverses – Allocation spécifique de cessation anticipée d'activité – Attribution – Conditions – Détermination – Portée  
*Soc.*, 11 mai 2010, *Bull.* 2010, V, n° 106, pourvois n° 09-42.241 à 09-42.257

La loi n° 98-1194 de financement de la sécurité sociale pour 1999 du 23 décembre 1998 a institué, en son article 41, en faveur des travailleurs qui ont été particulièrement exposés à l'amiante (sans être atteints d'une maladie professionnelle consécutive à cette exposition) un mécanisme de départ anticipé à la retraite ainsi conçu :

– sous réserve qu'ils cessent toute activité professionnelle, et à la condition de travailler ou d'avoir travaillé dans un établissement figurant sur une liste établie par arrêté où étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, les salariés ou anciens

salariés d'un tel établissement peuvent, à partir de l'âge de 50 ans, bénéficier d'une allocation de cessation anticipée d'activité (ACAATA) ;

– le montant de l'allocation est égal à 65 % du salaire dans la limite du plafond de la sécurité sociale et de 50 % de celui-ci pour la limite comprise entre une et deux fois ce même plafond, sans pouvoir être inférieur au montant journalier de l'allocation d'assurance-chômage, ni excéder 85 % du salaire de référence. Elle cesse d'être versée quand le bénéficiaire remplit les conditions pour bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein ;

– le salarié qui est admis au bénéfice de l'ACAATA présente sa démission à son employeur. Le contrat de travail cesse de s'exécuter dans les conditions prévues par l'article L. 122-6 du code du travail. Cette rupture du contrat de travail à l'initiative du salarié ouvre droit, au bénéfice du salarié, au versement par l'employeur d'une indemnité de cessation d'activité d'un montant égal à celui de l'indemnité de départ en retraite.

La demande d'admission au bénéfice de l'ACAATA ne prive pas le salarié de son droit à être indemnisé au titre de la législation sur les maladies professionnelles si une pathologie se révèle, non plus que d'invoquer dans ce cas les conséquences d'une faute inexcusable à l'origine de cette pathologie.

Des salariés de la société Ahlstrom Labelpack – inscrite sur la liste des établissements ouvrant droit au bénéfice des dispositions de la loi de 1998 et, par conséquent, de l'allocation de cessation anticipée d'activité pour ceux des salariés ayant travaillé dans cet établissement de 1956 à 1997 – ont donné leur démission, en application de l'article 41 de la loi, et été admis au bénéfice de l'allocation de cessation anticipée d'activité. Ils ont, ultérieurement, saisi la juridiction prud'homale pour demander qu'il soit jugé que la rupture de leur contrat de travail était la conséquence d'une exposition fautive à l'amiante du fait de l'employeur et qu'il en était résulté pour eux un préjudice économique consistant en une perte de revenus, et pour demander la condamnation de la société à leur payer une somme en réparation de ce préjudice économique, et une autre en réparation de leur préjudice d'anxiété. Par des arrêts du 7 avril 2009, la cour d'appel de Bordeaux a accueilli la demande en ses deux chefs, sauf à requalifier le préjudice économique allégué en perte de chance de mener une carrière normale jusqu'à son terme.

La question de droit soumise à la Cour de cassation par le pourvoi formé par la société était essentiellement celle du caractère exclusif (ou non) du mode d'indemnisation prévu par l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998. En d'autres termes, le fait qu'un salarié ait demandé, en application de la loi, le bénéfice de l'ACAATA et démissionné épuise-t-il ses droits à indemnisation en raison du risque auquel il a été exposé et de ses conséquences, et le prive-t-il d'une indemnisation complémentaire fondée sur le droit commun ?

Par l'arrêt du 11 mai 2010, la Cour de cassation répond distinctement à la question, selon qu'il s'agit du préjudice économique allégué (ou perte de chance de mener une carrière normale jusqu'à son terme) ou du préjudice d'anxiété allégué.

– En ce qui concerne le préjudice économique, ou perte de chance de mener une carrière normale jusqu'à son terme, la Cour de cassation rappelle, d'abord, que, selon l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998, qui crée un dispositif spécifique destiné à compenser la perte d'espérance de vie que peuvent connaître des salariés en raison de leur exposition à

l'amiante, une allocation de cessation anticipée d'activité (dite ACAATA) est versée aux salariés et anciens salariés des établissements de fabrication de matériaux contenant de l'amiante, des établissements de flochage et de calorifugeage à l'amiante ou de construction et de réparations navales, sous réserve qu'ils cessent toute activité professionnelle, lorsqu'ils remplissent certaines conditions ; que le salarié qui est admis au bénéfice de l'allocation de cessation anticipée d'activité présente sa démission à son employeur. Puis, elle décide « qu'il résulte de ces dispositions que le salarié qui a demandé le bénéfice de l'allocation n'est pas fondé à obtenir de l'employeur fautif, sur le fondement des règles de la responsabilité civile, réparation d'une perte de revenu résultant de la mise en œuvre du dispositif légal ».

En d'autres termes, le salarié qui a rompu le contrat de travail à son initiative pour obtenir le bénéfice des dispositions légales et de l'allocation de cessation anticipée d'activité ne peut prétendre à réparation par l'employeur fautif d'une perte de revenu qui trouve sa cause juridique dans la mise en œuvre du dispositif légal.

– En revanche, en ce qui concerne le préjudice d'anxiété, la Cour de cassation approuve la cour d'appel, qui a relevé que les salariés, qui avaient travaillé dans un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, se trouvaient par le fait de l'employeur dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante et étaient amenés à subir des contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse, d'avoir ainsi caractérisé l'existence d'un préjudice spécifique d'anxiété.

Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît l'existence d'un préjudice spécifique d'anxiété, indépendant en l'espèce de la mise en œuvre du dispositif légal, pouvant donner lieu à réparation, sur le fondement des règles de la responsabilité civile et, plus précisément, du manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat. La première chambre civile de la Cour avait déjà reconnu, dans une hypothèse, qu'un préjudice d'anxiété pouvait donner lieu à réparation (1<sup>re</sup> Civ., 9 juillet 1996, *Bull.* 1996, I, n° 306, pourvoi n° 94-12.868).

### ***Entreprises de travail temporaire, obligation de sécurité***

#### **Contrat de travail, exécution – Employeur – Obligations – Sécurité des salariés – Obligation de résultat – Portée**

*Soc., 30 novembre 2010, Bull. 2010, V, n° 270, pourvoi n° 08-70.390*

L'intérêt du présent arrêt est de rappeler la force de l'obligation de sécurité édictée par l'article L. 4121-1 du code du travail et de préciser sa déclinaison dans la relation tripartite qui caractérise le recours au travail temporaire. Il est souligné que chacune des deux entreprises, l'entreprise de travail temporaire comme l'entreprise utilisatrice, a des obligations distinctes, qu'elles doivent ensemble concourir à assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs et sont donc tenues toutes deux de l'obligation de sécurité de résultat à l'égard du travailleur temporaire occupé dans un établissement de l'entreprise utilisatrice.

Il est désormais bien établi que l'employeur, qui doit prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des salariés (article L. 4121-1 du



code du travail), est tenu à cet égard d'une obligation de résultat dont il doit assurer l'effectivité (Soc., 28 février 2006, *Bull.* 2006, V, n° 87, pourvoi n° 05-41.555; Soc., 19 décembre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 216, pourvoi n° 06-43.918). Cette obligation se décline de manière particulière à l'égard des travailleurs intérimaires. Aux termes de l'article L. 1251-21 du code du travail, « pendant la durée de la mission, l'entreprise utilisatrice est responsable des conditions d'exécution du travail, telles qu'elles sont déterminées par les dispositions légales et conventionnelles applicables au lieu de travail », ces conditions comprenant limitativement ce qui a trait à la durée du travail, au travail de nuit, au repos hebdomadaire et aux jours fériés, à la santé et à la sécurité du travail.

Si les obligations afférentes à la médecine du travail sont à la charge de l'entreprise de travail temporaire (article L. 1251-22 du code du travail), c'est l'entreprise utilisatrice, responsable des conditions d'exécution du travail, qui assume les obligations relatives à la surveillance médicale renforcée (article L. 1251-22, alinéa 3 du code du travail) et la responsabilité de la prévention des risques en fournissant les équipements de protection nécessaires (article L. 1251-23 du code du travail) et en assurant la formation des travailleurs temporaires (article L. 4141-2 3° du code du travail, formation pratique et appropriée; article L. 4154-3 du code du travail, formation renforcée).

Pour autant, l'entreprise de travail temporaire, qui est l'employeur du salarié qu'elle met à disposition, n'est pas exonérée de toute obligation en matière de prévention des risques. L'installation d'un intérimaire sur un poste de travail doit donner lieu à un échange d'informations, l'utilisateur apportant sous sa responsabilité les éléments permettant à l'entreprise de travail temporaire de définir les caractéristiques particulières du poste à pourvoir et de s'assurer que l'intérimaire est apte au travail faisant l'objet de sa mission.

Le contrat de mise à disposition, conclu entre l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice, doit porter les mentions relatives aux caractéristiques particulières du poste de travail, indiquer si celui-ci figure sur la liste des postes à risques devant être définie dans l'entreprise utilisatrice, et préciser les équipements de protection individuelle à utiliser (article L. 1251-43 4° et 5° du code du travail), ces mentions devant également figurer dans le contrat de mission conclu entre l'entreprise de travail temporaire et le salarié (article L. 1251-16 du code du travail).

Dans cette affaire, le salarié intérimaire, mis à disposition d'une entreprise pour effectuer des travaux de soudure sur inox, avait été déclaré inapte à ce poste par le médecin du travail à la suite de deux examens d'urine, espacés d'un mois, révélant un taux élevé de chrome. Il réclamait des dommages-intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité qui pèse sur son employeur et sur l'entreprise utilisatrice. Il invoquait notamment le défaut de fourniture, dès le commencement de sa mission, du masque à adduction d'air dont le port avait été préconisé par les médecins du travail des deux entreprises.

Pour écarter toute faute, tant de l'entreprise utilisatrice que de l'entreprise de travail temporaire, la cour d'appel a retenu en substance qu'en admettant que les masques à adduction d'air n'aient pas été fournis dès le début de l'exécution des travaux, cette abstention n'avait pas été à l'origine du taux de chrome relevé et que l'existence même d'une contamination n'était pas établie.

Une telle motivation ne pouvait qu'encourir la censure. L'entreprise utilisatrice est responsable, en vertu des articles L. 1251-21 et suivants du code du travail, des conditions d'exécution du travail. Il lui appartenait à ce titre de fournir les équipements de protection nécessaires. Même si les juges ont écarté l'hypothèse d'une contamination due à l'absence de fourniture des masques à adduction d'air, la seule circonstance que ces masques n'aient pas été mis à disposition dès le début de l'exécution de la mission, constituait un manquement de l'entreprise utilisatrice à son obligation de sécurité de résultat causant *nécessairement* un préjudice au salarié.

C'est ce que la chambre sociale avait jugé à propos du non-respect de la visite de reprise après un arrêt de travail pour accident du travail (Soc., 13 décembre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 373, pourvoi n° 05-44.580) et encore tout récemment en censurant une cour d'appel qui, pour juger non fondée une prise d'acte motivée par la violation par l'employeur des dispositions légales sur l'interdiction de fumer, avait retenu l'insuffisance du taux de nicotine trouvé dans le sang du salarié (Soc., 6 octobre 2010, *Bull.* 2010, V, n° 215, pourvoi n° 09-65.103).

### ***Harcèlement : obligation de sécurité de l'employeur***

#### **Contrat de travail, exécution – Employeur – Obligations – Sécurité des salariés – Obligation de résultat – Portée**

*Soc., 3 février 2010, Bull. 2010, V, n° 30, pourvoi n° 08-44.019*

*Soc., 3 février 2010, Bull. 2010, V, n° 30, pourvoi n° 08-40.144*

Tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, l'employeur manque à cette obligation lorsqu'un salarié est victime sur le lieu de travail d'agissements de harcèlement moral ou sexuel (pourvoi n° 08-44.019), ou de violences physiques ou morales (pourvoi n° 08-40.144), exercés par l'un ou l'autre de ses salariés, quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements.

Voir le commentaire de ces arrêts *infra*, rubrique égalité de traitement, discrimination, harcèlement (D), harcèlement (3), p. 327.

## **D – Égalité de traitement, discrimination, harcèlement**

### **1 – Égalité de traitement**

#### ***Égalité de rémunération hommes/femmes***

#### **Contrat de travail, exécution – Salaire – Égalité des salaires – Égalité de rémunération entre hommes et femmes – Conditions – Travail identique ou de valeur égale – Définition – Portée**

*Soc., 6 juillet 2010, Bull. 2010, V, n° 158, pourvoi n° 09-40.021*

La loi n° 72-1143 du 22 décembre 1972 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes a institué en droit interne le principe repris par l'article L. 3221-2

du code du travail selon lequel « tout employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes ».

Le rapport n° 2644 auprès de l'Assemblée nationale du projet de loi relevait à cet égard que « cette dernière expression est plus extensive et en même temps plus délicate à manier puisqu'elle suppose déjà une opération complexe comportant un jugement de valeur et non pas une simple constatation d'identité. Elle est nécessaire si l'on veut supprimer les facteurs de discrimination indirecte ».

La loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 portant modification du code du travail et du code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes est venue compléter l'article L. 140-2 par l'adjonction de ses deux derniers alinéas, notamment le troisième devenu l'article L. 3221-4, en précisant les critères d'appréciation d'un travail « de valeur égale » : « sont considérés comme ayant une valeur égale les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse ».

En l'espèce, une femme cadre, « responsable des ressources humaines, du juridique et des services généraux » estimant avoir subi une discrimination salariale a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir paiement d'un rappel de salaires. Elle comparait sa situation à celle de ses collègues masculins exerçant, comme elle, une fonction de directeur spécialisé (directeur commercial, directeur financier).

La cour d'appel de Paris, par arrêt du 31 janvier 2006, avait fait droit à sa demande en relevant notamment qu'elle aurait dû percevoir la même rémunération que le directeur commercial qui avait une ancienneté quasiment similaire à la sienne.

Par un arrêt du 11 juillet 2007 (pourvoi n° 06-41.742), la chambre sociale de la Cour de cassation a cassé cet arrêt au motif que la cour d'appel s'était abstenue de se « livrer à une analyse comparée de la situation, des fonctions et des responsabilités de la demanderesse avec celles des autres membres du comité de direction, et de rechercher, comme il lui était demandé, si les fonctions respectivement exercées par les uns et les autres étaient de valeur égale ».

Par un arrêt du 6 novembre 2008 la cour d'appel de Paris a condamné l'employeur à verser à la salariée un rappel de salaire considérant que la salariée qui exerçait un travail de valeur égale à celui de ses collègues masculins avait été victime d'une inégalité de traitement que l'employeur ne justifiait par aucun élément étranger à toute discrimination.

L'employeur s'est pourvu en cassation soutenant que la salariée n'effectuait pas un travail de valeur égale à celui des directeurs chargés de la politique commerciale et des finances puisqu'elle exerçait des fonctions différentes.

La question posée par ce pourvoi était donc celle, essentielle, du périmètre de la comparaison dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes.

Dans son arrêt du 11 juillet 2007 et dans celui approuvant la décision de la cour d'appel de renvoi, la chambre sociale donne des indications sur la manière dont doit s'opérer la

comparaison. La portée des notions de « même travail » et « travail de même valeur » revêt un caractère qualitatif. Les juges du fond doivent donc s'attacher à la nature des prestations de travail effectivement accomplies par les salariés intéressés et vérifier si, compte tenu d'un faisceau d'éléments factuels, ils exercent en fait un travail comparable.

Dans ce faisceau, l'identité des fonctions exercées n'est qu'un indice de l'identité de situation, ni suffisant ni indispensable, qui doit être corroboré par d'autres éléments.

Au regard des dispositions de l'article L. 3221-4 du code du travail, la situation de salariés exerçant des fonctions différentes est en effet parfaitement susceptible de caractériser l'exécution de travaux de valeur égale, dès lors notamment que les diplômes, l'expérience, la classification, les responsabilités, la charge physique ou nerveuse, quoique différents, sont comparables.

S'agissant comme en l'espèce de salariés ayant des postes de direction, l'exigence d'une identité de fonctions aboutirait à rendre inapplicable le principe d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, puisqu'il n'existe qu'un directeur des ressources humaines, un directeur commercial ou encore un directeur administratif et financier et que ces fonctions sont nécessairement différentes.

## 2 – Discrimination

### *Discrimination professionnelle liée à l'âge*

Communauté européenne – Travail – Salarié – Principe de non-discrimination – Directive n° 2000/78 CE du 27 novembre 2000 – Application directe – Application directe dans les rapports entre particuliers – Portée

*Soc., 11 mai 2010, Bull. 2010, V, n° 105, pourvoi n° 08-43.681*

*Soc., 11 mai 2010, Bull. 2010, V, n° 105, pourvoi n° 08-45.307*

Dans deux arrêts du 11 mai 2010, la chambre sociale a été amenée à prendre position sur deux questions essentielles en matière de discrimination professionnelle liée à l'âge.

1) Elle a tout d'abord reconnu qu'en ce domaine, la Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, était directement applicable dans des rapports entre des personnes privées et que sa mise en œuvre devait conduire à écarter des dispositions nationales contraires à ses exigences. Le visa de cassation des arrêts ne fait ainsi référence qu'au seul texte de l'article 6 § 1 de la Directive, relatif aux justifications de différences de traitement fondées sur l'âge, sans aucun renvoi à une disposition du droit interne.

Ainsi, dans un cas il est reproché à la cour d'appel, au visa de ce seul texte communautaire, de n'avoir pas vérifié si une limite d'âge réglementairement imposée au personnel de l'Opéra de Paris était justifiée au regard des exigences de la Directive, bien que ses dispositions n'aient pas été invoquées devant les juges du fond. Dans l'autre, l'arrêt d'appel est cassé parce que la cour d'appel n'a pas vérifié si l'âge de 60 ans obligeant les pilotes à cesser leurs fonctions, tel qu'il résultait alors de l'article L. 421-9 du code de l'aviation civile, était nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes retenus par la cour d'appel.

Cette application directe, contre la loi nationale, de la Directive de 2000 est conforme à la position prise, en la matière, par la Cour de justice de l'Union européenne. La juridiction européenne considère, d'une manière générale, qu'une directive ne peut créer des droits ou des obligations « dans le chef d'un particulier » (CJCE, 14 juillet 1994, Paola Faccini Dori c. Recreb Sri, affaire n° C-91/92; CJCE, 5 octobre 2004, Bernhard Pfeiffer et autres c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV, affaires n° C-397/01 à C-403/01), ce que la chambre sociale a ainsi rappelé le 18 novembre 2009 (*Bull.* 2009, V, n° 256, pourvois n° 08-43.397 et 08-43.398). La Cour européenne juge aussi, au nom du régime propre aux directives, de la sécurité juridique et de la non-rétroactivité de la loi, que l'obligation faite au juge national d'interpréter sa loi, dans la mesure du possible, à la lumière des directives en vigueur, ne va pas jusqu'à lui imposer d'écarter une disposition du droit national contraire à une directive, dans les rapports « horizontaux » entre des personnes privées (CJCE, 23 avril 2009, Kiriaki Angelidaki et autres c. Organismos Nomarchiakís Autodioikísís Rethymnis, affaires n° C-378/07 à C-380/07). Toutefois, la Cour de Luxembourg a vu dans l'impératif de non-discrimination en raison de l'âge un principe général du droit de l'Union constituant une application spécifique du principe général d'égalité de traitement, pour en déduire qu'il devait l'emporter sur une disposition du droit national contraire, le juge national ayant ainsi l'obligation de laisser inappliquée toute disposition interne contraire au principe, afin d'assurer la sécurité juridique découlant pour les justiciables du droit de l'Union et de garantir le plein effet de ce dernier. Une juridiction nationale ne peut donc appliquer une disposition de droit interne fixant une condition d'âge qui n'est pas justifiée objectivement et raisonnablement par un objectif légitime ou qui n'est pas appropriée ou nécessaire au regard d'un tel objectif (CJCE, 22 novembre 2005, Werner Mangold c. Rüdiger Helm, affaire n° C-144/04; CJUE, 19 janvier 2010, Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG, affaire n° C-555/07, points 50-53).

C'est ce principe de l'application directe et de la primauté sur le droit interne de la Directive sur les discriminations que rappelle, en conclusion, l'arrêt concernant la salariée de l'Opéra de Paris, lorsqu'il énonce, pour la première fois, que la cour d'appel devait appliquer la Directive communautaire consacrant un principe général du droit de l'Union, alors même que, dans l'autre affaire, concernant un pilote de ligne, était en cause une disposition législative. Le fait que l'autre procédure portait directement sur l'âge de mise à la retraite d'une employée de l'Opéra de Paris ne faisait pas obstacle en outre à l'application de la Directive européenne, car si celle-ci, dans son 14<sup>e</sup> considérant, énonce qu'elle ne porte pas atteinte « aux dispositions nationales fixant les âges de la retraite », la Cour de justice de Luxembourg retient qu'une législation nationale qui impose la rupture du contrat de travail à un certain âge affecte la durée du rapport de travail et l'exercice par le travailleur de son activité professionnelle, de sorte qu'elle concerne les conditions d'emploi et de travail, au sens de l'article 3 de la Directive (CJCE, 16 octobre 2007, Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA, affaire n° C-411/05, points 45-46).

2) L'arrêt rendu à l'égard du pilote ayant dû cesser son activité à 60 ans casse la décision de la cour d'appel parce qu'elle n'a pas vérifié si cette limite d'âge était nécessaire à la réalisation de l'objectif, retenu dans cette décision, de bon fonctionnement de la navigation aérienne et de sécurité des utilisateurs et des travailleurs. L'arrêt admet ainsi qu'un tel objectif puisse être invoqué pour justifier une limite d'âge.

Cette position prend en compte le texte de la Directive, qui exige en effet qu'un objectif légitime justifie objectivement et raisonnablement une mesure d'âge et qui renvoie ensuite à « des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle », sans toutefois que cette énumération, précédée de l'adverbe notamment, soit limitative. Cette exigence générale se retrouve d'ailleurs aujourd'hui dans le texte de l'article L. 1133-2 du code du travail, tel qu'il est issu de la loi du 27 mai 2008, non applicable dans ces affaires, lequel prévoit d'autres causes justificatives (santé ou sécurité des travailleurs), également précédées du même adverbe. Si certains arrêts de la Cour de justice paraissent réduire le champ des justifications admissibles à celles qui sont inspirées par un objectif « de politique sociale », hors les cas où d'autres dispositions de la Directive prévoient des justifications distinctes (article 2 § 5 : CJUE, 12 janvier 2010, *Domnica Petersen c. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, affaire n° C-341/08; article 4 : CJUE, 12 janvier 2010, *Colin Wolf c. Stadt Frankfurt am Main*, affaire n° C-229/08), d'autres arrêts opèrent une distinction entre un objectif « d'intérêt général », qui pourrait être légitime, et des motifs purement individuels propres à la situation de l'employeur, qui ne pourraient être admis comme justification d'une différence de traitement liée à l'âge (CJCE, 5 mars 2009, *Age Concern England c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, affaire n° C-388/07, point 46; CJCE, 16 octobre 2007, *Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, précité, point 64).

Pour la chambre sociale, des raisons tenant à la sécurité des tiers, telles que celles retenues par la cour d'appel et liées à la sécurité des vols, pouvaient donc être de nature à justifier qu'un âge limite soit mis à l'activité des pilotes assurant le transport de passagers. Cependant, encore faut-il que les moyens utilisés pour mettre en œuvre cet objectif soient appropriés et nécessaires. Et à cet égard, il était soutenu que l'impératif de sécurité avancé par l'employeur n'imposait pas la cessation totale du pilotage à 60 ans. Étaient ainsi invoquées l'autorisation de poursuivre l'activité de pilotage au-delà de cet âge accordée à d'autres pilotes, en France et à l'étranger, les recommandations de l'Organisation de l'aviation civile internationale prônant un maintien en co-pilotage jusqu'à 65 ans et les dispositions nouvelles de la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008, modifiant l'article L. 421-9 du code de l'aviation civile, permettant désormais aux pilotes de poursuivre une activité de co-pilotage dans les cinq années suivant leur soixantième anniversaire. C'est donc au regard de ces éléments d'appréciation que la cour d'appel aurait dû rechercher si l'obligation faite aux pilotes de cesser toute activité de vol à 60 ans était nécessaire à la réalisation de l'objectif de sécurité aérienne pouvant justifier cette mesure.

***Discrimination syndicale, rémunération, évolution de carrière***

Contrat de travail, exécution – Employeur – Discrimination entre salariés – Discrimination syndicale – Défaut – Cas – Evolution de carrière différente de celle d'autres salariés – Condition

Contrat de travail, exécution – Employeur – Discrimination entre salariés – Discrimination syndicale – Applications diverses – Modalités de calcul d'une prime d'objectifs – Condition

*Soc.*, 6 juillet 2010, *Bull.* 2010, V, n° 157, pourvoi n° 09-41.354

Dans le domaine des relations de travail, les discriminations se traduisent souvent par des retards de carrière par rapport aux autres salariés, au départ placés dans des situations identiques. La détermination des données juridiques gouvernant la progression du salarié dans l'entreprise est, dès lors, essentielle. La chambre sociale juge que l'employeur, sauf accord collectif ou stipulation particulière du contrat de travail prévoyant une progression de carrière, n'est pas tenu d'assurer cette progression par des changements d'emploi ou de qualification. Cet énoncé de principe n'est que la traduction de la force obligatoire du contrat qui conduit l'arrêt à rappeler, immédiatement après, que, tout au contraire, le salarié tient de son contrat de travail le droit de s'opposer à la modification de tels éléments. Une absence d'évolution de carrière ne peut donc pas être imputée à la faute de l'employeur dès lors que le salarié a bénéficié des mêmes possibilités de formation que les autres et que, face aux opportunités de carrière dont il a été informé dans les mêmes conditions que les autres, il a manifesté sa volonté de demeurer dans son emploi.

L'arrêt rappelle également que l'exercice de mandats représentatifs ne peut avoir aucune incidence défavorable sur la rémunération du salarié. Il en déduit que lorsque le salaire est en partie lié à la réalisation d'objectifs, ces derniers doivent être réduits à la mesure du temps que le salarié consacre à l'exécution de son contrat de travail. Pour cette part, la rémunération dépend donc de la performance individuelle de l'intéressé. En revanche, pour le temps que le salarié consacre à l'exercice de ses fonctions représentatives, sa rémunération doit correspondre au montant moyen des rémunérations liées à la réalisation d'objectifs versées, pour un temps équivalent, aux autres salariés.

### 3 – Harcèlement

#### ***Harcèlement : obligation de sécurité de l'employeur***

##### **Contrat de travail, exécution – Employeur – Obligations – Sécurité des salariés – Obligation de résultat – Portée**

*Soc., 3 février 2010, Bull. 2010, V, n° 30, pourvoi n° 08-44.019*

*Soc., 3 février 2010, Bull. 2010, V, n° 30, pourvoi n° 08-40.144*

Ces deux arrêts précisent, dans le domaine de la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, les conséquences sur le contrat de travail d'un manquement de l'employeur au respect de l'obligation de sécurité de résultat à laquelle il est tenu en application de l'article L. 4121-1 du code du travail.

Dans les deux espèces, les salariées, estimant avoir subi, dans le premier cas des violences au travail de la part d'un supérieur hiérarchique, dans le second, un harcèlement moral puis sexuel, ont pris acte de la rupture de leur contrat de travail et demandaient au juge de dire que cette prise d'acte produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Dans les deux cas, les cours d'appel avaient décidé que la prise d'acte produisait les effets d'une démission en considérant, qu'une fois informés de la situation, les employeurs avaient pris les mesures nécessaires pour faire cesser les agissements fautifs de leurs collaborateurs, ce qui excluait que la rupture du contrat de travail décidée par leurs salariées leur soit imputable.

Il avait déjà été jugé, en matière de harcèlement moral (Soc., 21 juin 2006, *Bull.* 2006, V, n° 223, pourvois n° 05-43.914 à 05-43.919) 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, notamment en matière de harcèlement moral, et que l'absence de faute de sa part ne peut l'exonérer de sa responsabilité ». De façon générale, l'exonération de responsabilité dans l'hypothèse d'une inexécution d'une obligation de résultat impose l'existence d'une cause étrangère non imputable à l'employeur, cause qui, selon la jurisprudence, présente les caractères de la force majeure.

Or dans ces litiges, l'argumentation des employeurs, retenue par les juges du fond, portait avant tout sur les diligences dont ils avaient fait preuve pour faire cesser les agissements fautifs, les faits de violence ou de harcèlement moral puis sexuel, une fois commis.

La Cour de cassation casse les deux arrêts au visa principal de l'article L. 4121-1 du code du travail, mais aussi des articles L. 1152-4 et L. 1153-5 s'agissant de la prévention. Elle estime qu'il convient de tirer les conséquences de l'inexécution par les employeurs de l'obligation de résultat à laquelle ils sont tenus. Cette inexécution étant établie, les juges du fond ne pouvaient estimer que la prise d'acte de la rupture du contrat de travail par les salariées produisait les effets d'une démission.

## **E – Accords collectifs et conflits collectifs du travail**

### **1 – Accords et conventions collectifs**

...

### **2 – Conflits du travail**

...

## **F – Représentation du personnel et élections professionnelles**

### **1 – Élections professionnelles**

#### ***Salariés mis à disposition, effectifs, électorat, option de vote***

Élections professionnelles – Comité d'entreprise et délégué du personnel – Opérations électorales – Modalités d'organisation et de déroulement – Protocole d'accord préélectoral – Négociation – Obligations de l'employeur – Information des organisations syndicales – Contenu – Éléments nécessaires au contrôle des effectifs et de la régularité de la liste électorale – Étendue – Détermination – Portée



Élections professionnelles – Comité d'entreprise et délégué du personnel  
 – Opérations électorales – Modalités d'organisation et de déroulement  
 – Liste électorale – Inscription – Conditions – Salarié de l'entreprise –  
 Salarié assimilé – Salarié mis à disposition de l'entreprise – Droit de vote  
 dans l'entreprise utilisatrice – Droit d'option – Exercice – Moment –  
 Détermination

*Soc., 26 mai 2010, Bull. 2010, V, n° 114, pourvoi n° 09-60.400*

Selon la décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2006 (Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, décision n° 2006-545 DC) fondée sur le principe de participation (alinéa 8 du préambule de la Constitution), les salariés d'entreprise extérieure mis à disposition d'une entreprise et intégrés de façon étroite et permanente à la collectivité qu'elle constitue doivent être décomptés dans les effectifs de l'entreprise utilisatrice et y sont électeurs, même s'ils n'en sont pas les salariés. Cette décision réserve cependant la possibilité pour le législateur d'éviter ou de restreindre les situations de double vote dans l'entreprise d'origine et dans l'entreprise utilisatrice. À la suite de cette décision, la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a, dans ses articles 3 VII et 3 VIII, définit les critères de l'intégration étroite et permanente des salariés mis à disposition par la durée de présence dans les locaux de l'entreprise utilisatrice. L'article 3 VII modifie l'article L. 1111-2 du code du travail pour préciser que doivent être décomptés dans les effectifs, les salariés mis à disposition présents dans les locaux de l'entreprise utilisatrice depuis douze mois; l'article 3 VIII et IX introduit les nouveaux articles L. 2314-18-1 et L. 2324-17-1 du code du travail selon lesquels les salariés mis à disposition ayant une durée de présence continue de douze mois sont électeurs et ceux qui ont une durée de présence de vingt-quatre mois continus sont éligibles aux élections des délégués du personnel. Ces derniers textes précisent par ailleurs que les salariés mis à disposition qui en remplissent les conditions choisissent s'ils exercent leur droit de vote dans l'entreprise qui les emploie ou dans l'entreprise utilisatrice.

La mise en œuvre pratique de ces dispositions suscite au moins deux difficultés importantes. La première est celle du recueil des informations nécessaires sur la situation des salariés mis à disposition au regard des effectifs de l'entreprise utilisatrice (peu important qu'ils aient ou non choisi de voter dans cette dernière) et de leur éventuelle inscription sur la liste électorale s'ils exercent leur droit d'option, mais aussi de la charge de la preuve. Sur ce point la circulaire de la direction générale du travail n° 20 du 13 novembre 2008 indique qu'il appartient à l'entreprise utilisatrice d'interroger les entreprises extérieures pour obtenir ces informations. La seconde est celle de savoir à quelle date le salarié mis à disposition peut exercer le droit d'option individuel que lui confère la loi, puisque la date des élections dans chacune des entreprises est propre à chacune d'elles; aucune disposition légale ou réglementaire ne donne d'indication sur ce point que la circulaire n'aborde pas.

L'arrêt du 26 mars 2010 apporte une réponse à ces deux questions. Il précise aussi les conséquences du revirement de jurisprudence résultant de l'arrêt de la Cour de cassation du 23 septembre 2009 (*Bull.* 2009, V, n° 195, pourvoi n° 08-60.535) selon lequel le pourvoi contre un jugement statuant sur une contestation préélectorale est recevable.

Lors de l'organisation des élections d'un établissement de la SNCF en mars 2009, des salariés d'une société extérieure mis à disposition de la SNCF dans cet établissement avaient déclaré vouloir voter dans cet établissement, en indiquant qu'ils remplissaient les conditions légales. La direction de l'établissement avait interrogé l'entreprise utilisatrice pour avoir les informations nécessaires, en se conformant aux indications de la circulaire précitée. L'employeur des salariés ayant exercé leur droit d'option, a refusé de donner ces informations en indiquant qu'en octobre 2008 ils avaient déjà voté dans son entreprise. L'entreprise utilisatrice ne les a pas inclus dans les effectifs (alors que cette inclusion aurait porté le nombre de délégués du personnel à élire de onze à treize) et ne les a pas inscrits sur la liste électorale. Le syndicat Sud a saisi le tribunal d'instance d'une contestation préélectorale pour demander qu'ils soient comptés dans les effectifs et inscrits sur la liste électorale, en alléguant d'une part qu'il appartenait à l'employeur de fournir aux syndicats les informations nécessaires au contrôle des effectifs et de la liste électorale et, d'autre part, que les salariés n'avaient pas été mis en mesure d'exercer leur droit d'option par leur employeur lorsqu'il a organisé ses propres élections. Le syndicat a été débouté de cette contestation par un jugement préélectoral du 12 mars 2009 qui n'a pas été frappé de pourvoi. Après les élections il a saisi le juge d'une demande d'annulation de l'élection fondée sur les mêmes griefs. Le tribunal l'a débouté de sa demande au motif, d'une part, que l'employeur ayant demandé les informations nécessaires conformément à la circulaire, à défaut de réponse, il appartenait aux syndicats d'apporter la preuve que les salariés mis à disposition remplissaient les conditions légales de prise en compte dans l'effectif et d'électorat et, d'autre part, qu'aucune disposition légale n'impose à l'entreprise utilisatrice de recueillir le droit d'option des salariés mis à disposition.

Pour répondre au mémoire en défense qui soutenait que les moyens soulevés contre le jugement portant sur la régularité de l'élection étaient inopérants puisqu'ils portaient sur des questions tranchées par le jugement préélectoral qui, n'ayant pas été frappé de pourvoi, avait l'autorité de la chose jugée, l'arrêt rapporté précise les conséquences du revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt du 23 septembre 2009 (*Bull.* 2009, V, n° 195, pourvoi n° 08-60.535) quant à la recevabilité du pourvoi formé contre une décision rendue en dernier ressort à propos d'un protocole préélectoral (voir le commentaire du même arrêt *infra*, rubrique actions en justice – H –, p. 364). La solution retenue est conforme à la jurisprudence sur les conséquences des revirements de jurisprudence au regard de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (Com., 13 novembre 2007, *Bull.* 2007, IV, n° 243, pourvoi n° 05-13.248); le revirement ne peut avoir d'effet rétroactif et priver une personne du droit de critiquer les dispositions d'un jugement préélectoral qui à la date à laquelle il a été rendu ne pouvait être frappé de pourvoi.

Sur le fond, les solutions retenues par la Cour de cassation procèdent de la responsabilité de l'entreprise utilisatrice dans l'organisation de ses propres élections. Les salariés mis à disposition qui remplissent les conditions légales sont en effet « intégrés de façon étroite et permanente » à la collectivité qu'elle constitue et c'est bien l'élection des délégués de cette collectivité qui est en cause, et non celle de l'entreprise d'origine dans laquelle les salariés sont en principe électeurs, sauf exercice de leur droit d'option. Ce n'est donc qu'en fonction de leur situation dans l'entreprise utilisatrice et à la date des élections dans cette dernière qu'il y a lieu de vérifier si les salariés mis à disposition remplissent les conditions légales pour être intégrés dans le processus électoral de l'entreprise utilisatrice.

De ce principe découle la réponse aux deux questions posées par le pourvoi.

S'agissant de l'organisation des élections, conformément à la règle déjà affirmée par deux arrêts du 13 novembre 2008 et du 13 mai 2009 (Soc., 13 novembre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 219, pourvoi n° 07-60.434 et Soc., 13 mai 2009, *Bull.* 2008, V, n° 130, pourvoi n° 08-60.530), il appartient à l'employeur, dans le cadre de la négociation préélectorale, de fournir aux syndicats les informations nécessaires au contrôle de l'effectif et de la régularité de la liste électorale. Il a donc la charge de la preuve. Il en résulte qu'il ne peut pas se borner à fournir aux organisations syndicales les réponses apportées par les entreprises extérieures, sur lesquelles les organisations syndicales n'ont aucun moyen de contrôle, ni exclure les salariés pour lesquels aucune réponse ne lui aurait été apportée. Il appartient à l'entreprise utilisatrice de fournir aux syndicats les informations qu'elle peut avoir en propre. En tout état de cause, comme l'arrêt le précise, elle peut demander judiciairement les informations nécessaires (ce qui peut se faire par une demande en référé au juge d'instance, juge de l'élection).

En second lieu, contrairement à ce qu'avait retenu le jugement censuré, la responsabilité de la mise en œuvre du droit d'option pèse sur l'entreprise utilisatrice. Si, comme en l'espèce, des salariés lui ont fait connaître leur choix de voter dans son entreprise, elle doit seulement s'assurer qu'ils remplissent les conditions légales et ne peut pas les écarter au motif qu'ils auraient déjà voté dans leur entreprise d'origine. Conformément au principe rappelé ci-dessus c'est en effet à la date de l'organisation des élections dans l'entreprise utilisatrice qu'il y a lieu de vérifier si les conditions de l'électorat sont remplies. À supposer que les salariés mis à disposition aient auparavant voté dans leur entreprise d'origine rien ne permet en effet de savoir à la date de ce vote, si les salariés mis à disposition seront toujours à disposition de l'entreprise utilisatrice lorsque les élections s'y dérouleront. Le droit d'option ne peut donc s'exercer qu'à la date et pour les élections dans l'entreprise utilisatrice ; à défaut le salarié mis à disposition reste électeur dans son entreprise.

C'est donc bien lors des premières élections dans l'entreprise utilisatrice à compter de la date à laquelle les salariés mis à disposition remplissent les conditions légales que ceux-ci peuvent exercer leur droit d'option. S'ils l'exercent en déclarant vouloir voter dans l'entreprise utilisatrice, cette option vaudra tant que leur situation demeurera inchangée, (c'est-à-dire tant que la mise à disposition de la même entreprise se poursuit). Si pendant cette période des élections sont organisées dans leur entreprise d'origine, les salariés ne pourront donc pas y voter, l'employeur devra donc être informé de l'option exercée. En revanche si la situation de mise à disposition cesse, le salarié retrouve son droit de vote dans son entreprise d'origine (ou dans une autre entreprise utilisatrice à compter de la date à laquelle il remplira les conditions légales dans cette dernière).

### ***Effectifs, électorat, éligibilité au CHSCT d'une entreprise de travail temporaire***

Travail réglementation, santé et sécurité – Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail – Composition – Délégation du personnel – Désignation – Éligibilité – Entreprise de travail temporaire – Salariés pris en compte – Travailleur temporaire – Condition

*Soc.*, 22 septembre 2010, *Bull.* 2010, V, n° 196, pourvois n° 09-60.454 et 09-60.460

La série d'arrêts rendue le 22 septembre 2010 au sujet de l'éligibilité des travailleurs temporaires au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) de l'entreprise de travail temporaire constitue un revirement de jurisprudence.

Dans un arrêt du 26 septembre 2002 (*Bull.* 2002, V, n° 289, pourvoi n° 01-60.785), la chambre sociale avait en effet décidé que « selon l'article L. 236-1 du code du travail, des CHSCT sont constitués dans les établissements mentionnés à l'article L. 231-1 du même code occupant au moins cinquante salariés, dont l'effectif est calculé suivant les modalités définies à l'article L. 431-2 du code du travail; qu'il en résulte qu'étant pris en compte dans l'effectif de l'entreprise utilisatrice qui les occupe, sauf dans le cas prévu par le deuxième alinéa de l'article précité, les travailleurs temporaires qui ne travaillent pas dans l'entreprise de travail temporaire sont exclus de l'effectif de celle-ci pour la mise en place dans les établissements des CHSCT et pour la détermination du nombre de représentants du personnel auxdits comités ».

Cette position avait été reprise dans un arrêt du 6 décembre 2006 (pourvoi n° 06-60.008). Ces décisions étaient fondées sur le renvoi alors opéré par l'article L. 236-1 du code du travail à l'ancien article L. 431-2, dont il résultait que les travailleurs temporaires sont pris en charge par le CHSCT de l'entreprise d'accueil. Cependant, cet élément textuel a été modifié par la loi du 24 juin 2004 qui a codifié, par des dispositions communes à toutes les matières, le mode de calcul des effectifs lorsque ceux-ci entraînent des effets de seuil. Désormais l'article L. 4611-1 du code du travail (ancien article L. 236-1) renvoie à l'article L. 1111-2 du code du travail.

Par ailleurs l'article L. 1251-54, propre aux entreprises de travail temporaire, impose dorénavant, tel qu'il est placé, un mode de calcul incluant les intérimaires pour toutes les institutions représentatives du personnel, y compris dans le CHSCT. Aucun texte, désormais, ne prévoit de dérogation spécifique, s'agissant des travailleurs temporaires, au principe de l'électorat et de l'éligibilité dans l'entreprise employeur.

Fallait-il, dans ces conditions, maintenir l'ancienne jurisprudence ?

Cette exclusion des travailleurs temporaires de l'éligibilité au CHSCT de l'entreprise de travail temporaire ne répondait à aucune justification pratique. Alors que les travailleurs temporaires sont exclus des effectifs et de l'électorat des entreprises utilisatrices (Soc., 28 février 2007, *Bull.* 2007, V, n° 34, pourvoi n° 06-60.171), ce qui leur donne peu de chance d'être élus par le collège désignatif au sein du CHSCT d'une entreprise dans laquelle ils ne sont, au surplus, que pendant une période assez courte, ils sont inclus dans les effectifs et l'électorat de l'entreprise de travail temporaire et ont donc logiquement vocation à y être éligibles. Ils y ont en outre intérêt : c'est en effet l'entreprise temporaire qui est en capacité de fixer les normes d'hygiène et de sécurité qui devront être respectées par les entreprises utilisatrices dans le cadre de l'emploi des travailleurs temporaires, de veiller à ce qu'elles soient respectées, d'informer les travailleurs de leurs droits et de recueillir leurs éventuelles doléances. C'est aussi l'entreprise de travail temporaire qui évalue les salariés et gère l'évolution de leur carrière.

Dans ces conditions, exclusion de l'éligibilité au CHSCT de l'entreprise de travail temporaire les travailleurs temporaires – ce qui, s'agissant de la société Manpower, représentait

78 000 salariés pour 4 150 permanents – n'avait plus ni justification légale, ni justification pratique. Les partenaires sociaux de cette société l'avaient pressenti, qui par des accords collectifs renouvelés jusqu'en 2009, avaient réservé six sièges du CHSCT sur neuf, dans chacun des établissements de la société, aux travailleurs temporaires.

La Cour de cassation consacre donc cette présence des travailleurs temporaires au sein des CHSCT de l'entreprise de travail temporaire en constatant que les conditions de travail de ces salariés, même lorsqu'ils sont exclusivement mis à la disposition d'entreprises utilisatrices, continuent de dépendre aussi de l'entreprise d'intérim, et entrent donc dans la mission de protection du comité.

### **Cas d'annulation d'une élection**

**Élections professionnelles – Comité d'entreprise et délégué du personnel – Opérations électorales – Modalités d'organisation et de déroulement – Régularité – Défaut – Effets – Nullité du scrutin – Condition – Détermination**  
*Soc., 13 janvier 2010, Bull. 2010, V, n° 7, pourvoi n° 09-60.203*

En matière d'élections professionnelles, il est de principe que le juge saisi de la régularité de l'élection n'annule celles-ci que si les irrégularités ont eu une incidence sur le résultat du scrutin. Un scrutin est une expression démocratique qu'il est nécessaire de respecter, ce n'est donc que si cette expression est faussée, ou si la loyauté et la sincérité du scrutin ne sont pas assurées qu'il doit être annulé.

Le présent arrêt apporte deux précisions importantes, l'une sur ce qu'il faut entendre par résultat du scrutin depuis la mise en vigueur de la loi n° 2000-789 du 20 août 2008, l'autre sur les irrégularités qui sont de nature à entraîner nécessairement l'annulation du scrutin.

S'agissant du premier point : la loi du 20 août 2008 confère aux élections professionnelles un rôle nouveau, puisqu'elles servent non seulement à élire les représentants élus, mais également à mesurer l'audience des organisations syndicales nécessaire à la reconnaissance de leur qualité représentative – laquelle est subordonnée à l'obtention de 10 % au moins des voix au premier tour des élections des titulaires du comité d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, des délégués du personnel (article L. 2122-1 du code du travail) – ainsi qu'à déterminer les personnes ayant qualité pour être désignées délégué syndical, celles-ci devant avoir été candidates et recueillies, elles aussi, au moins 10 % des voix (article L. 2143-3 du code du travail).

L'arrêt rapporté en tire les conséquences en décidant clairement que le résultat du scrutin s'entend non seulement du résultat des élections, c'est-à-dire de la détermination des élus, mais aussi de la mesure de l'audience déterminante de la qualité représentative d'un syndicat ou de la possibilité d'être désigné délégué syndical, les deux résultats étant de même importance puisque désormais les élections professionnelles ont un double objet.

Il en résulte que le juge saisi d'une demande en annulation des résultats du scrutin doit s'assurer que les irrégularités n'ont affecté ni la détermination des élus, ni la détermination de l'audience syndicale nécessaire à la reconnaissance de la représentativité dans l'entreprise, c'est-à-dire le fait que le seuil de 10 % des voix a ou non été atteint (et non pas

l'audience de tel ou tel syndicat en elle-même), ni le nombre de voix nécessaires pour qu'un candidat puisse être désigné délégué syndical.

Les nouvelles dispositions ont ainsi conduit à revenir sur la solution adoptée par l'arrêt du 20 décembre 2006 (*Bull.* 2006, V, n° 399, pourvoi n° 05-60.345), que la loi du 20 août 2008 a clairement écarté en précisant que l'audience des syndicats se mesure au premier tour (de l'élection des titulaires du comité d'entreprise) peu important que le *quorum* soit atteint.

S'agissant de la seconde question, l'arrêt précise les irrégularités qui sont de nature à affecter nécessairement la régularité du scrutin, peu important leur incidence sur le résultat de l'élection. Ces irrégularités sont celles qui sont directement contraires aux principes généraux du droit électoral qui assurent la loyauté et la sincérité du scrutin. Deux de ces principes sont mis en œuvre par l'arrêt rapporté. Tous les électeurs doivent pouvoir voter sur les mêmes listes de candidats, sinon la sincérité même du scrutin est atteinte. Cette solution souligne l'importance particulière des règles sur la date limite du dépôt des candidatures pour tenir compte des nécessités de l'organisation matérielle du scrutin. L'arrêt confirme ensuite la jurisprudence selon laquelle l'absence de président d'un bureau de vote est de nature à affecter nécessairement la régularité du scrutin, dans la mesure où le rôle du président est d'assurer cette loyauté et cette sincérité du scrutin.

### ***Augmentation des effectifs, pas de nouvelles élections en principe***

Élections professionnelles – Comité d'entreprise et délégué du personnel  
– Élections complémentaires – Organisation – Possibilité – Conditions –  
Détermination – Portée

*Soc.*, 13 octobre 2010, *Bull.* 2010, V, n° 225, pourvoi n° 09-60.206

Si la loi rend obligatoires des élections partielles lorsque les mandats des délégués du personnel ou des membres du comité d'entreprise prennent fin avant leur échéance normale et que les dispositions légales assurant leur remplacement par des suppléants ne suffisent pas à maintenir l'institution ou à la maintenir dans un état suffisamment représentatif (articles L. 2314-7 et L. 2324-10 du code du travail), elle est muette sur le cas des élections complémentaires destinées à accroître le nombre des représentants du personnel pour répondre à un accroissement des effectifs de l'entreprise.

En principe, l'accroissement des effectifs en cours de mandat n'affecte donc pas l'institution représentative en place qui conserve ses attributions pour l'ensemble du personnel (cf., par exemple, *Soc.*, 5 juin 1975, *Bull.* 1975, V, n° 310, pourvoi n° 74-40.638, jugeant qu'en cas de fusion de deux sociétés, dont l'une a seule un comité d'entreprise, ce comité conserve la plénitude de ses attributions pour l'ensemble de la nouvelle entreprise).

L'arrêt du 13 octobre 2010 admet toutefois que, si les élections complémentaires destinées à accroître le nombre des représentants pour la durée des mandats restant à courir ne sont pas légalement prévues, elles ne sont cependant pas interdites. Mais de telles élections modifiant nécessairement le protocole préélectoral sur la base duquel les représentants déjà en place ont été élus ainsi que la configuration de l'institution existante, l'arrêt exige qu'elles soient prévues par un accord collectif signé par tous les syndicats présents dans l'entreprise.

## 2 – Droit syndical

### *Accès au local syndical*

#### **Syndicat professionnel – Activité syndicale – Entrave par l’employeur – Cas – Accès au local syndical rendu difficile**

*Soc., 13 janvier 2010, Bull. 2010, V, n° 11, pourvois n° 08-19.955 et 08-19.917*

Le local syndical que l’employeur doit mettre à la disposition des organisations syndicales en application de l’article L. 2142-8 du code du travail est un des éléments de l’exercice du droit syndical et de la liberté d’organisation des syndicats dans les entreprises prévus par l’article L. 2141-4 du code du travail. Il est généralement admis que le choix du lieu d’implantation du local appartient à l’employeur, mais l’article L. 2142-9 du code du travail précise que les conditions d’aménagement et d’utilisation des locaux syndicaux sont fixées par accord avec l’employeur. En tous cas ce choix doit permettre le libre exercice du droit syndical des salariés et la liberté de circulation des délégués syndicaux prévue par l’article L. 2142-20 du code du travail.

La société Servair 1, prestataire de service des aéroports de Paris, est établie dans la zone aéroportuaire. Le bâtiment principal où est assurée la production est situé dans la zone sécurisée de l’aéroport, avec un accès direct aux avions. L’accès et la sortie du bâtiment sont ainsi subordonnés à des mesures de sécurité (portique de sécurité, présentation d’un badge et éventuellement fouille). Le parking de l’établissement est en revanche d’accès libre depuis l’extérieur. Les locaux syndicaux étaient initialement installés dans le bâtiment de production ; pour des raisons d’économie la société a décidé de les déplacer, dans un nouveau bâtiment situé sur le parking de l’établissement. Certains syndicats de l’entreprise l’ont accepté ; d’autres, les syndicats SPASAF CFTD, Sud aérien et CGT de Servair, l’ont refusé. Le juge des référés saisi par la société d’une demande tendant à ordonner ce déménagement a dit n’y avoir lieu à référé. L’employeur y a ensuite procédé d’office sous contrôle d’un huissier.

Le syndicat CGT Servair 1 a saisi le juge des référés d’une demande de réintégration dans les anciens locaux sous astreinte, à laquelle il a été fait droit en définitive par un arrêt de la cour d’appel de Paris du 2 juillet 2009, statuant sur renvoi après cassation (Soc., 26 septembre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 143, pourvoi n° 06-13.810).

L’instance au principal engagée par les trois syndicats tendait à la réintégration dans les anciens locaux. Au soutien de cette demande les syndicats invoquaient trois moyens (déjà soulevés devant le juge des référés, comme constitutifs d’un trouble manifestement illicite) :

- l’employeur ne peut pas déplacer d’office les locaux syndicaux sans autorisation judiciaire,
- en tout état de cause un accord est nécessaire pour opérer un tel déménagement compte tenu des dispositions de l’accord sur le droit syndical de l’entreprise et de l’article L. 2142-9 du code du travail,

- enfin les mesures de sécurité qui doivent être respectées pour aller et venir du bâtiment de production au local syndical, apportent une entrave à la liberté syndicale et à la liberté de circulation des délégués syndicaux dès lors qu’elles permettent le contrôle, y compris nominatif, des déplacements.

Alors que le tribunal de grande instance avait ordonné la réintégration dans les précédents locaux au motif que l'employeur ne pouvait pas sans titre exécutoire déménager le local syndical, la cour d'appel de Paris dans l'arrêt censuré, a au contraire décidé que le choix du lieu d'implantation du local syndical appartient au seul employeur sans que ni l'accord collectif, ni l'article L. 2142-9 qui n'a pas cet objet, imposent la conclusion d'un accord collectif, aucun texte n'exigeant par ailleurs une autorisation judiciaire préalable. En second lieu, la cour a examiné les mérites des nouveaux locaux au regard de l'exercice du droit syndical, pour estimer que l'accès libre des locaux syndicaux depuis l'extérieur facilitait l'exercice de ce droit syndical, nonobstant les contrôles de sécurité pour aller et venir au local syndical depuis le bâtiment de production.

L'arrêt rapporté ne se prononce pas sur la nécessité de trouver un accord avec les organisations syndicales pour procéder au déménagement d'un local syndical, au regard des articles L. 2142-8 et L. 2142-9 du code du travail. Mais il affirme, en se fondant sur le principe de la liberté syndicale et du libre exercice du droit syndical dans l'entreprise, que le déplacement du local syndical, malgré l'opposition des syndicats, ne peut se faire sans autorisation judiciaire préalable. Le juge judiciaire est en effet le garant de l'exercice des libertés et l'employeur ne peut pas avoir en la matière le privilège du préalable. Même s'il appartient à l'employeur de choisir l'implantation du local syndical, s'il n'a pas l'accord des syndicats et si ceux-ci s'opposent à son déménagement, il doit saisir le juge judiciaire pour autorisation après vérification de ce que le local permet l'exercice de cette liberté. Une telle solution est admise depuis longtemps en matière de retrait d'un affichage syndical (Crim., 19 février 1979, *Bull. crim.* 1979, n° 73, pourvoi n° 78-91.400). L'arrêt de la cour d'appel qui avait admis qu'aucune règle légale n'imposait une autorisation judiciaire est donc censuré de ce chef.

La deuxième réponse porte sur le fond du litige, c'est-à-dire sur les règles qui encadrent le choix d'implantation du local syndical par l'employeur, au regard de la liberté syndicale. La cour d'appel avait exercé ce contrôle; mais, selon elle, les mesures de sécurité importaient peu dès lors que les salariés en venant de l'extérieur de l'entreprise avaient un accès plus facile aux locaux syndicaux. Cette perspective était erronée, ou en tout cas insuffisante. Ce n'est pas depuis l'extérieur de l'entreprise qu'il faut assurer l'exercice de la liberté syndicale, mais bien dans l'entreprise elle-même, et plus encore sur les lieux de travail eux-mêmes, pour permettre la liberté de circulation des délégués, même s'il y a des règles sur les lieux et heures de distribution des tracts. C'est aussi sur les lieux de travail ou à partir d'eux qu'il faut assurer le libre accès des salariés au local syndical.

Dans cette perspective, la question n'est pas de savoir si les mesures de sécurité sont légitimes, justifiées et proportionnées eu égard à l'atteinte qu'elles portent à la liberté syndicale. (L'arrêt du 26 septembre 2007 – pourvoi n° 06-11.425 –, rendu dans une hypothèse où des mesures de sécurité imposées à l'employeur avaient été installées entre le local du comité d'entreprise déjà existant et la zone de production, approuve ainsi les juges du fond d'avoir validé ces mesures étant donné qu'ils avaient constaté qu'elles ne faisaient pas obstacle à la libre circulation du personnel et des délégués et non en se fondant sur un contrôle de proportionnalité.) La question posée est celle de savoir à quelles conditions doit répondre le choix d'implantation du local syndical par l'employeur.



La Cour de cassation pose en principe que le choix de l'implantation du local syndical doit se faire, sauf impossibilité, dans la zone de travail, puisque c'est dans cette zone que les délégués syndicaux doivent pouvoir circuler librement et prendre contact avec les salariés ou les recevoir au local syndical. Cette solution est inédite, mais s'inspire de la disposition de l'article 4 du décret n° 85-397 du 3 avril 1985 relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique territoriale, dont il résulte que les locaux mis à disposition des organisations syndicales sont normalement situés dans l'enceinte des bâtiments administratifs et qu'il ne peut en être autrement qu'en cas d'impossibilité (CE, 31 mai 2007, n° 298293, publié au *Recueil Lebon*).

**Conventionalité de la loi du 20 août 2008 portant réforme de la démocratie sociale**

Syndicat professionnel – Droits syndicaux – Exercice – Domaine d'application – Droit de mener des négociations collectives – Condition – Syndicat représentatif – Portée

*Soc.*, 14 avril 2010, *Bull.* 2010, V, n° 100, pourvois n° 09-60.426 et 09-60.429

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008, reprenant les dispositions d'une position commune adoptée le 9 avril 2008 entre des organisations patronales et des organisations syndicales représentatives, réforme profondément le droit de la représentativité syndicale. Un jugement d'un tribunal d'instance, fortement médiatisé, avait considéré que le système nouveau ne satisfaisait pas aux exigences de conventions internationales liant la France, non plus qu'au droit de l'Union européenne.

C'est, d'abord, l'exigence de représentativité, en soi, qui avait été condamnée par le juge du fond en tant qu'elle subordonne le droit de négocier et de conclure des conventions collectives. La décision est cassée. L'arrêt du 14 avril 2010 reprend un considérant de la Cour européenne des droits de l'homme selon lequel, si le droit de mener des négociations collectives est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts énoncé à l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les États demeurent libres de réserver ce droit aux syndicats représentatifs (CEDH, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, requête n° 34503/97). Cette exigence de représentativité n'est pas non plus prohibée par les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne ni par l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sur lesquels le jugement s'était également appuyé. C'est d'ailleurs après avoir pris en compte ces textes que la CEDH a rendu sa décision. Quant à la Convention n° 98 de l'Organisation internationale du travail (OIT) sur négociation collective, également retenue par le jugement, elle ne contient aucune disposition sur ce point.

En revanche, la Recommandation n° 163 de l'OIT ainsi que de nombreux travaux du comité de la liberté syndicale du Bureau international du travail prévoient expressément que les États peuvent réserver la négociation des conventions collectives aux syndicats représentatifs dès lors que la détermination de la représentativité est fondée sur des critères objectifs et préalablement définis. Ne peut-on, d'ailleurs, voir dans l'exigence de représentativité la condition de l'efficacité des négociations collectives et de la légitimité de leurs résultats ?

De même, le fait que les salariés participent à la détermination des syndicats représentatifs n'est-il pas un élément de nature à contribuer à cette efficacité et à cette légitimité ? En tout cas, il ne heurte pas les prescriptions de la Convention n° 135 de l'OIT qui prévoit, dans son article 5, que lorsqu'une entreprise compte à la fois des représentants syndicaux et des représentants élus, des mesures appropriées devront être prises, chaque fois qu'il y a lieu, pour garantir que la présence de représentants élus ne puisse servir à affaiblir la situation des syndicats intéressés ou de leurs représentants, et pour encourager la coopération, sur toutes questions pertinentes, entre les représentants élus, d'une part, et les syndicats intéressés et leurs représentants, d'autre part. Même si la mesure de l'audience syndicale s'opère à travers un processus électoral, les attributions des syndicats demeurent distinctes de celles reconnues aux institutions élues et ne sont pas diminuées au profit de ces dernières.

C'est, ensuite, la distinction opérée par la loi entre les syndicats intercatégoriels, dont l'audience se mesure sur l'ensemble des collègues, et les syndicats catégoriels affiliés à une confédération catégorielle interprofessionnelle nationale, dont l'audience se mesure sur le seul collègue dans lequel ils peuvent seulement présenter des candidats, qui avait été condamnée par le jugement. Mais le jugement ne permet pas de savoir sur la base de quel texte précis elle l'avait été et, surtout, il n'était pas allégué qu'un syndicat catégoriel eût, dans cette entreprise, présenté des candidats dans un seul collègue et eût acquis la qualité de syndicat représentatif sur la base des résultats obtenus dans ce seul collègue. Le juge ne pouvait donc, sans outrepasser ses pouvoirs tels que fixés par l'article 5 du code civil, répondre à une telle question posée de façon abstraite. C'est la raison pour laquelle l'arrêt ne l'examine pas.

C'est, enfin, dans l'exigence imposée aux syndicats représentatifs de choisir en priorité leur délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu au 10 % des voix aux élections professionnelles que le jugement avait vu une atteinte à la liberté syndicale et une ingérence arbitraire dans leur fonctionnement. Cette condamnation reposait sur une confusion entre le droit des syndicats d'élire librement leurs dirigeants, liberté consacrée notamment par la Convention n° 87 de l'OIT et à laquelle la loi du 20 août 2008 ne porte pas atteinte, et la faculté, lorsqu'une législation nationale le prévoit, de désigner un représentant dans une entreprise, faculté nécessairement limitée, à commencer par l'exigence que ce représentant soit un salarié de l'entreprise. Le jugement est dès lors cassé, l'arrêt ajoutant que, tendant à assurer la détermination par les salariés eux-mêmes des personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conduire les négociations pour leur compte, les règles régissant la désignation du délégué syndical ne constituent pas une ingérence arbitraire dans le fonctionnement des syndicats.

Voir également le commentaire des questions prioritaires de constitutionnalité portant sur le même sujet *infra*, rubrique examen des questions prioritaires de constitutionnalité (IX), le caractère sérieux ou nouveau du moyen de constitutionnalité (E), critère de sérieux (2), p. 486.

### ***Liberté syndicale, changement d'affiliation***

**Syndicat professionnel – Droits syndicaux – Exercice – Atteinte – Limitations à l'acquisition de la personnalité juridique – Condition – Détermination – Portée**

*Soc.*, 3 mars 2010, *Bull.* 2010, V, n° 54, *pourvoi n° 09-60.283*

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a profondément modifié les conditions de la représentativité syndicale. Parmi celles-ci, l'exigence d'ancienneté n'est pas nouvelle mais elle est désormais quantifiée par l'article L. 2121-1 du code du travail qui exige une ancienneté de deux ans appréciée à compter du dépôt des statuts. En cas de création *ex nihilo* d'une organisation nouvelle, aucune difficulté ne paraît exister. Mais qu'en est-il en cas de modification importante affectant un syndicat existant ?

En l'espèce, un tribunal d'instance avait, pour l'essentiel (car les autres motifs auraient relevé d'une formation restreinte), retenu que le changement radical d'orientation d'un syndicat se réclamant des valeurs chrétiennes en un syndicat laïque constituait une modification substantielle des statuts ayant entraîné la création d'un syndicat nouveau dont l'ancienneté devait être appréciée à compter du dépôt de ses nouveaux statuts. Le jugement est cassé.

Cette décision s'inscrit dans une ligne déjà ancienne puisque après la scission de la Confédération générale du travail (CGT) et la création de la Confédération générale du travail-Force ouvrière (CGT-FO), il avait été jugé en 1959 que la personnalité morale des syndicats qui avaient décidé de quitter la CGT au profit de la CGT-FO, n'avait pas été anéantie par l'orientation nouvelle et survivait à ce changement (Soc., 28 mai 1959, *Bull.* 1959, IV, n° 620, pourvoi n° 3.727).

L'originalité de l'arrêt du 3 mars 2010 réside dans sa motivation. Le jugement est cassé au visa de la Convention n° 87 de l'OIT, ratifiée par la France, qui prévoit que les syndicats choisissent librement leur affiliation et déterminent librement leur programme d'action, et que la reconnaissance de leur personnalité morale ne peut être subordonnée à l'exercice de ces libertés. L'arrêt en déduit que l'exercice de ces mêmes libertés ne peut entraîner la perte de leur personnalité morale. Dès lors que le groupement antérieurement constitué a toujours pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans ses statuts, il survit aux changements d'orientation et son ancienneté se mesure à compter de sa création.

### **Accès à la représentativité syndicale pendant la période transitoire (loi du 20 août 2008)**

Syndicat professionnel – Droits syndicaux – Exercice – Domaine d'application – Délégué syndical – Désignation – Conditions – Syndicat représentatif – Dispositions transitoires de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 – Portée

*Soc.*, 10 mars 2010, *Bull.* 2010, n° 61, pourvoi n° 09-60.065

*Soc.*, 10 mars 2010, *Bull.* 2010, n° 62, pourvoi n° 09-60.246

*Soc.*, 10 mars 2010, *Bull.* 2010, n° 63, pourvoi n° 09-60.282

Ces trois arrêts précisent la portée des dispositions transitoires des articles 11 IV et 13 de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 relatifs à la représentativité des syndicats dans l'entreprise et à la possibilité de désigner un délégué syndical alors que les premières élections professionnelles postérieures à la publication de la loi n'ont pas encore eu lieu.

La loi du 20 août 2008, d'application immédiate, a modifié les critères de la représentativité syndicale au niveau de l'entreprise ou de l'établissement énoncés par l'article L. 2121-1 du code du travail pour introduire, à côté d'anciens critères maintenus, celui de l'audience

électorale, en application du nouvel article L. 2122-1 du code du travail, le syndicat représentatif devant recueillir au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des élections des titulaires du comité d'entreprise, ou à défaut de la délégation unique ou des délégués du personnel. Parallèlement l'ancien article L. 2122-1 du code du travail, dont résultait la présomption irréfragable de représentativité par affiliation à une organisation syndicale reconnue représentative au niveau national et interprofessionnel, a été abrogé.

Dans l'attente des résultats des premières élections professionnelles postérieures à la publication de la loi, dans les entreprises, et de leur possibilité de regroupement dans les branches professionnelles et au niveau interprofessionnel, l'article 11 de la loi a maintenu, à titre de présomption, la représentativité des syndicats qui étaient reconnus représentatifs avant la date de la publication de la loi. Au niveau de l'entreprise, l'article 11 IV précise qu'est ainsi présumé représentatif « tout syndicat affilié à l'une des organisations syndicales de salariés présumées représentatives au niveau national et interprofessionnel à la date de la publication de la [...] loi, ainsi que tout syndicat représentatif à ce niveau à la date de cette publication ». De façon complémentaire l'article 13 de la loi prévoit que les délégués syndicaux désignés avant la publication de la loi demeurent en fonction et, dans son alinéa 2, que « chaque syndicat représentatif dans l'entreprise ou l'établissement à la date de cette publication peut désigner un ou plusieurs délégués syndicaux pour le représenter auprès de l'employeur, conformément aux articles L. 2143-3 et L. 2143-6 du code du travail dans leur rédaction antérieure à ladite publication ».

La question posée par les pourvois était celle de savoir si, pendant cette période transitoire – qui, selon les échéances électorales dans les entreprises, peut courir compte tenu de la durée des mandats jusqu'au 20 août 2012 –, un syndicat qui ne bénéficie pas de la présomption de l'article 11 IV peut cependant, soit en raison de son affiliation, postérieure à la publication de la loi, à une organisation syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel (pourvoi n° 09-60.065), soit en apportant la preuve de sa représentativité au jour où il se prévaut de celle-ci, obtenir la qualité représentative lui permettant de désigner un ou plusieurs délégués syndicaux (pourvoi n° 09-60.246), ou exercer d'autres prérogatives subordonnées à une condition de représentativité (pourvoi n° 09-60.282). Les réponses des tribunaux d'instance saisis ont été diverses.

Les litiges soumis à la Cour de cassation révèlent une difficulté d'interprétation des dispositions transitoires. Ont-elles entendu « photographier » la représentativité des organisations syndicales existantes à la date de la publication de la loi, en figeant à cette date la situation de telle sorte que seuls les syndicats représentatifs au 21 août peuvent se prévaloir, pendant toute la période transitoire, de cette représentativité et désigner un délégué syndical, la porte étant fermée aux autres syndicats ? Ou, ont-elles seulement posé une règle de présomption – dont il a été jugé qu'elle n'était pas susceptible de preuve contraire (Soc., 8 juillet 2009, *Bull.* 2010, V, n° 180, pourvois n° 09-60.011, 09-60.031 et 09-60.032), en faveur des syndicats représentatifs au 21 août 2008, afin d'éviter des remises en cause brutales de la représentativité de ces syndicats pendant la période transitoire, tout en laissant ouverte la faculté pour les autres syndicats d'établir leur représentativité, soit du fait d'une affiliation, postérieure à l'entrée en vigueur de la loi, à une organisation syndicale présumée représentative, soit en rapportant la preuve qu'ils sont devenus représentatifs dans l'entreprise ?

Constatant que le texte n'énonce pas « sont seules présumées représentatives » ou encore « sont représentatives », mais seulement « sont présumées représentatives », et que ni les travaux parlementaires, ni la position commune du 9 avril 2008 des partenaires sociaux ne donnent sur ce sujet une indication claire du choix du législateur, la Cour de cassation a interprété le texte à la lumière des principes constitutionnels de liberté syndicale et de participation pour retenir une solution ouverte. Comme en témoigne l'attendu de principe commun aux trois arrêts, la même solution est apportée qu'il s'agisse de la représentativité par affiliation (pourvoi n° 09-60.065) ou de la représentativité prouvée (pourvois n° 09-60.246 et 09-60.282) pour laquelle ces arrêts précisent qu'est applicable le texte en vigueur fixant les critères nouveaux de la représentativité, à l'exception, bien évidemment, du seuil d'audience de 10 %.

Il résulte de ces décisions que ce n'est qu'à compter des nouvelles élections professionnelles que l'appréciation de la représentativité sera périodique. Pendant la période transitoire un syndicat peut donc être volontairement reconnu représentatif, ce qui est le cas lorsque la désignation d'un délégué syndical n'a pas été contestée dans le délai de forclusion (pourvoi n° 09-60.282). Mais, la représentativité pouvant évoluer jusqu'à la fin de la période transitoire, la faculté de contester la représentativité d'un syndicat demeure à l'occasion de la nouvelle désignation d'un délégué syndical pendant cette période qui ouvre un nouveau délai de contestation ; la représentativité devra alors être appréciée par le juge selon les nouveaux critères de la représentativité à l'exception du score électoral (Soc., 31 mars 2010, *Bull.* 2010, V, n° 84, pourvoi n° 09-60.115).

Cette solution permet de garantir l'accès à la négociation collective pour tous les syndicats en mesure d'établir, pendant la période transitoire, qu'ils remplissent les critères de représentativité tels qu'ils ont été redéfinis par le législateur étant observé que, comme les syndicats présumés représentatifs, leur représentativité sera soumise à l'épreuve des suffrages des électeurs et se verra confirmée ou infirmée selon les résultats qu'obtiendront leurs candidats au premier tour des premières élections professionnelles organisées dans l'entreprise ou l'établissement.

Le droit de négociation collective est en effet un élément du principe de participation énoncé à l'alinéa 8 du préambule de la Constitution et un élément de la liberté syndicale (Cons. const., 6 novembre 1996, décision n° 96-383 DC), garanti également par les textes internationaux.

### ***Durée (déterminée) des mandats des représentants syndicaux***

Représentation des salariés – Comité d'entreprise – Représentant syndical – Mandat – Expiration – Condition – Détermination – Portée  
Soc., 10 mars 2010, *Bull.* 2010, V, n° 58, pourvoi n° 09-60.347

Représentation des salariés – Cadre de la représentation – Unité économique et sociale – Reconnaissance – Désignation d'un délégué syndical – Conditions – Détermination

**Représentation des salariés – Délégué syndical – Mandat – Expiration – Conditions – Détermination – Portée**

*Soc., 22 septembre 2010, Bull. 2010, V, n° 188, pourvoi n° 09-60.435*

Les arrêts du 10 mars et du 22 septembre 2010 tirent les conséquences des changements majeurs apportés par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 s'agissant des mandats des représentants syndicaux qui, tous, sont désormais conditionnés à un résultat électoral.

Revenant en conséquence sur une jurisprudence antérieure traditionnelle relative au caractère à durée indéterminée du mandat du représentant syndical, la chambre sociale, prenant acte du changement profond induit par la loi du 20 août 2008, a dans un premier arrêt du 10 mars 2010 (*Bull.* 2010, V, n° 58, pourvoi n° 09-60.347) décidé que « le mandat de représentant syndical au comité d'entreprise prend fin lors du renouvellement des membres de cette institution ; qu'il s'ensuit que tout intéressé peut faire constater l'expiration du mandat sans que puisse lui être opposé le délai prévu par l'article R. 2324-24 du code du travail ».

La question se posait de savoir si cette solution allait être étendue au mandat des délégués syndicaux. Constatant que ce mandat est également conditionné désormais aux résultats de chaque élection, puisque seul peut être désigné un salarié candidat aux élections de délégués du personnel ou de membre du comité d'entreprise ayant obtenu 10 % des suffrages (article L. 2143-3 du code du travail), la chambre sociale adopte une solution identique : le mandat du délégué syndical prend fin lors du renouvellement des institutions représentatives dans l'entreprise. Dès lors, le courrier par lequel un syndicat informe l'employeur du « maintien » du mandat du délégué syndical après le déroulement du scrutin s'assimile à une nouvelle désignation qui peut être contestée dans les quinze jours suivant sa notification.

Il résulte de cette application jurisprudentielle des nouvelles dispositions de la loi du 20 août 2008 que les mandats des représentants syndicaux doivent désormais être renouvelés expressément après chaque scrutin électoral dans l'entreprise et en fonction des résultats de ce scrutin.

**Rôle des unions et confédérations syndicales**

**Syndicat professionnel – Union de syndicats – Capacité civile – Étendue – Portée**

*Soc., 13 janvier 2010, Bull. 2010, V, n° 13, pourvoi n° 09-60.155*

Cet arrêt porte, une nouvelle fois, sur l'application de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, la jurisprudence s'était interrogée sur la possibilité pour une confédération ou une union de syndicats d'exercer directement, dans chaque entreprise, les prérogatives que la loi prévoit au profit des syndicats « primaires ». La question s'était plus particulièrement posée s'agissant de la désignation, au sein de l'entreprise, de représentants syndicaux.

Après quelques hésitations, la question avait été tranchée par un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 30 juin 1995 (*Bull.* 1995, Ass. plén., n° 5, pourvoi n° 93-60.026) : « attendu que, sauf stipulation contraire de ses statuts, une union de syndicats, à laquelle la loi a reconnu la même capacité civile qu'aux syndicats eux-mêmes,

peut exercer les droits conférés à ceux-ci, et notamment celui de désigner un représentant au comité d'entreprise ». Ce faisant la Cour de cassation faisait sienne l'analyse de l'avocat général Jéol, qui considérait que le législateur, en attribuant aux unions les mêmes prérogatives qu'aux syndicats, dans l'article L. 411-23, devenu L. 2133-3 du code du travail, avait entendu donner application au principe de liberté d'organisation des syndicats et interdit aux tiers de s'immiscer dans le fonctionnement ou l'organisation des syndicats.

Cette jurisprudence a depuis lors reçu application de manière constante, la chambre sociale ayant par la suite précisé, d'une part, que l'union syndicale et les syndicats qui y sont affiliés ne peuvent désigner qu'un seul représentant syndical dans l'entreprise et, d'autre part, que dans le cas où plusieurs désignations interviennent, la première désignation, qu'elle émane de l'union syndicale elle-même ou d'un syndicat affilié, est seule valable (Soc., 6 avril 2005, *Bull.* 2005, V, n° 127, pourvoi n° 04-60.323), sauf si des dispositions statutaires prévoient la façon dont le conflit doit être tranché (Soc., 16 décembre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 288, pourvoi n° 09-60.118).

L'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008 pose à nouveau cette question. Dès lors qu'elle impose aux organisations syndicales, souhaitant créer une section syndicale et désigner un représentant ou un délégué syndical, de prouver l'existence d'adhérents dans l'entreprise, quand peut-on considérer qu'une union a des adhérents dans l'entreprise ? Pour y répondre, la chambre sociale a procédé en deux temps.

Dans un premier arrêt, du 8 juillet 2009 (*Bull.* 2009, V, n° 182, pourvoi n° 09-60.012), au rapport de Mme le conseiller Morin et sur les conclusions de M. l'avocat général Duplat, la chambre sociale a décidé qu'une union syndicale pouvait procéder à la constitution d'une section syndicale dans l'entreprise et y désigner un représentant, lorsque aucun syndicat dit « primaire » ne s'était implanté dans l'entreprise, dès lors que ses « statuts ne lui interdisaient pas d'intervenir directement dans une entreprise en l'absence d'organisation adhérente compétente dans le champ géographique et professionnel couvrant cette dernière ».

L'arrêt du 13 janvier 2010 commenté complète cette analyse en affirmant, reprenant d'ailleurs pour partie l'attendu de principe d'avant la loi du 20 août 2008, qu'une union syndicale peut en toute hypothèse, dès lors que les conditions en sont remplies, exercer les droits conférés aux syndicats par la loi et par conséquent constituer une section syndicale au sein d'un établissement même lorsque y est implanté un syndicat affilié. Et la chambre sociale précise, s'agissant de la preuve des adhérents, « que l'affiliation d'un syndicat à une union permet à cette dernière de se prévaloir des adhérents du syndicat pour l'exercice des prérogatives découlant des textes susvisés ».

Cette décision tient compte de la portée de l'affiliation d'un syndicat primaire à une union ou une confédération, le syndicalisme français étant un syndicalisme de tendance. De par l'affiliation, qui résulte d'une décision statutaire du syndicat, l'adhésion au syndicat emporte par là même adhésion à l'union, et le versement au profit de cette dernière d'un *prorata* de la cotisation. Dès lors, l'adhérent du syndicat primaire peut être considéré comme celui de l'union. Les effectifs des confédérations syndicales tiennent compte d'ailleurs de l'ensemble de ces adhérents.

La solution est, en outre, dans le prolongement direct de la jurisprudence de l'assemblée plénière de 1995, puisque la nécessité, pour un syndicat souhaitant exercer des prérogatives dans l'entreprise, de disposer d'adhérents dans cette entreprise n'a jamais disparu malgré la facilité de preuve accordée par la jurisprudence de la Cour de cassation aux syndicats représentatifs du fait de la présomption qu'elle avait instituée postérieurement à l'arrêt de 1995 (Soc., 27 mai 1997, *Bull.* 1997, V, n° 194, pourvoi n° 96-60.239).

**Présentation de listes par des syndicats affiliés à une même confédération**

Élections professionnelles – Comité d'entreprise et délégué du personnel – Candidat – Liste de candidatures – Présentation au premier tour – Organisation syndicale – Confédération nationale – Pluralité de syndicats affiliés – Portée

*Soc.*, 22 septembre 2010, *Bull.* 2010, V, n° 184, pourvois n° 10-60.135 et 10-60.136

Représentation des salaires – Cadre de la représentation – Unité économique et sociale – Reconnaissance – Désignation d'un délégué syndical – Conditions – Détermination

Représentation des salaires – Délégué syndical – Mandat – Expiration – Conditions – Détermination – Portée

*Soc.*, 22 septembre 2010, *Bull.* 2010, V, n° 188, pourvoi n° 09-60.435

1) Les deux arrêts commentés ici posent la question de la présentation par plusieurs syndicats, affiliés à la même confédération, de listes séparées de candidats à une même élection au sein d'un même collège, ou de la désignation de plusieurs délégués syndicaux, dans le cadre des dispositions issues de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008.

a) Sous l'empire du droit antérieur à cette loi, la Cour de cassation, après avoir dans un premier temps admis la possibilité pour plusieurs syndicats, affiliés à une même confédération représentative, de présenter des listes différentes, notamment en présence d'un syndicat catégoriel et d'un syndicat intercatégoriel (Soc., 18 avril 1989, *Bull.* 1989, V, n° 284, pourvoi n° 88-60.517), décidait depuis 2001 que « les syndicats d'une entreprise affiliés à la même confédération représentative sur le plan national ne peuvent présenter qu'une seule liste de candidats au nom de la confédération nationale lors des élections professionnelles » (Soc., 16 octobre 2001, *Bull.* 2001, V, n° 322, pourvoi n° 00-60.203).

Cette position de principe s'expliquait par deux raisons essentielles :

– la première, juridique, reposait sur le fait que la présentation de listes de candidats étant réservée aux syndicats représentatifs, la représentativité des syndicats affiliés à une union avait la même source et ne pouvait donc donner lieu qu'à une liste unique ; la jurisprudence sur la liste de candidats rejoignait d'ailleurs celle sur les délégués syndicaux, aux termes de laquelle « les syndicats d'une entreprise affiliés à la même organisation représentative sur le plan national ne peuvent y désigner un nombre de délégués syndicaux supérieur à celui prévu par la loi même si l'un d'eux groupe une catégorie particulière de salariés et justifie d'une représentativité propre » (Soc., 2 avril 1981, *Bull.* 1981, V, n° 325, pourvoi n° 80-60.407) ;



– la seconde, historique, tenait compte de ce que le syndicalisme français est un syndicalisme de tendance, dans lequel s'intègre l'organisation en unions ou confédérations.

La loi du 20 août 2008 obligeait à reposer la question, dès lors que la présentation de listes de candidats au premier tour des élections de délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise n'est plus soumise, aux termes des articles L. 2314-24 et L. 2324-22 du code du travail, à une condition de représentativité syndicale.

La chambre sociale décide, dans son arrêt du 22 septembre 2010 (pourvois n° 10-60.135 et 10-60.136), de maintenir la jurisprudence antérieure. Cette position, à laquelle elle était incitée par les dispositions légales prévoyant au profit des syndicats affiliés à une confédération syndicale représentative au niveau national et interprofessionnel une place spécifique dans le processus de négociation préélectorale (articles L. 2314-3 et L. 2324-4 du code du travail), donne une cohérence à la jurisprudence développée, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008, sur les unions syndicales auxquelles est conféré le droit, pour désigner des représentants syndicaux en entreprise, de se prévaloir des adhérents des syndicats de base. L'union et les syndicats qui y sont affiliés forment donc, aux termes de cette jurisprudence, un ensemble global au sein duquel chacun peut se prévaloir, mais de manière unique, des prérogatives légales. L'arrêt précise que cette règle est d'ailleurs applicable aussi bien aux unions et confédérations représentatives que non représentatives. Les syndicats affiliés à la même confédération nationale ne peuvent donc présenter qu'une seule liste de candidats, par collège, lors des élections professionnelles dans l'entreprise.

b) La suite logique de cet arrêt figure dans le second arrêt ici commenté, rendu le même jour (pourvoi n° 09-60.435) : le calcul de l'audience nécessaire à un syndicat pour atteindre le seuil de 10 % nécessaire à l'établissement de sa représentativité tient compte de la totalité des suffrages obtenus par les syndicats affiliés à la même confédération syndicale dans les différentes entités au sein desquelles ils ont pu présenter des candidats. Ainsi, pour la désignation d'un délégué syndical au sein d'une unité économique et sociale (UES), il convient d'additionner les suffrages obtenus par tous les syndicats affiliés à la même confédération au sein des différentes structures électorales composant l'UES. L'unité de la confédération nationale se retrouve ainsi également au niveau du décompte des suffrages pour le seuil de représentativité.

2) L'arrêt du 22 septembre 2010 (*Bull.* 2010, V, n° 188, pourvoi n° 09-60.435) apporte également une réponse à la question de la durée des mandats (voir le commentaire *supra*, dans la même rubrique, avec le commentaire de l'arrêt du 10 mars 2010 sur la même question).

**Syndicat professionnel – Délégué syndical – Désignation – Nombre de délégués – Nombre légal – Appréciation – Pluralité de syndicats affiliés à une même confédération – Portée**

*Soc.*, 29 octobre 2010, *Bull.* 2010, V, n° 250, pourvois n° 09-67.969 et 09-68.207

La Cour de cassation a depuis longtemps cherché à dégager des règles permettant de sortir d'un conflit né de la concurrence de plusieurs organisations syndicales affiliées à la même confédération ou union syndicale.

Traditionnellement, la chambre sociale affirme que sauf accord collectif plus favorable, une confédération et les organisations syndicales qui lui sont affiliées ne peuvent désigner ensemble un nombre de délégués syndicaux supérieur à celui prévu par la loi. Cette solution a été réaffirmée après la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 qui avait pu ouvrir une interrogation sur le rôle de l'affiliation dans l'exercice des prérogatives syndicales. Par un arrêt du 13 janvier 2010 (*Bull.* 2010, V, n° 13, pourvoi n° 09-60.155, ci-dessus commenté dans la même rubrique), la chambre sociale a affirmé que, comme avant la loi du 20 août 2008, une union syndicale pouvait désigner un représentant syndical en entreprise au même titre qu'un syndicat primaire, puis par un arrêt du 22 septembre 2010 (*Bull.* 2010, V, n° 184, pourvois n° 10-60.135 et 10-60.136, ci-dessus commenté dans la même rubrique), qu'une union et les organisations syndicales qui lui sont affiliées ne peuvent présenter ensemble qu'une seule liste au même scrutin.

Des conflits peuvent, dans ces conditions, surgir lorsque plusieurs syndicats affiliés à une même confédération exercent, simultanément ou successivement, la même prérogative. La chambre sociale avait donné des premières réponses en précisant, d'abord, que seul le syndicat ayant donné mandat pouvait retirer ce mandat, ce qui rendait de fait illicite la seconde désignation faite par un autre syndicat, ensuite, que primait l'ordre chronologique des désignations (Soc., 22 juin 2005, *Bull.* 2005, V, n° 214, pourvoi n° 04-60.391). Dans un deuxième temps, cependant, elle a indiqué que si les statuts confèrent à l'union ou la confédération la capacité d'arbitrer un tel conflit, la décision d'arbitrage s'impose au juge du contentieux (Soc., 16 décembre 2009, *Bull.* 2009, V, n° 288, pourvoi n° 09-60.118).

Devant la multiplication des conflits liés à la recomposition du paysage syndical suite à la loi du 20 août 2008, la chambre sociale a estimé nécessaire d'énoncer, dans une seule formule normative, l'ensemble des règles permettant au juge de donner une solution à ces litiges complexes.

C'est l'objet de l'arrêt du 29 octobre 2010 (pourvois n° 09-67.969 et 09-68.207), qui règle une situation où deux salariés avaient été successivement désignés à la même fonction de délégué syndical par des syndicats affiliés à la même confédération. L'employeur avait alors demandé aux organisations syndicales et à la fédération syndicale de lui indiquer lequel il devait considérer comme le délégué en fonction et, au regard des réponses discordantes, avait saisi le tribunal d'instance. Ce dernier a alors déclaré l'employeur forclos dans la mesure où sa saisine était intervenue plus de quinze jours après chacune des désignations.

La chambre sociale censure cette décision. Partant de la règle générale, rappelée en tête du chapeau de l'arrêt, selon laquelle une confédération syndicale et les organisations syndicales qui lui sont affiliées ne peuvent désigner ensemble un nombre de délégués syndicaux supérieur à celui prévu par la loi, elle en décline les conséquences permettant de régler les conflits.

D'abord, en cas de concurrence des désignations, le tribunal d'instance est valablement saisi de l'ensemble des désignations en question dès lors que la contestation est formée dans les quinze jours de la seconde désignation, ou de l'acte par lequel l'organisation syndicale a fait connaître de quelle désignation il fallait selon elle tenir compte. Il ne peut donc être

opposé la forclusion de la contestation de la première désignation, compte tenu des éléments nouveaux intervenus depuis lors.

Ensuite, le tribunal doit convoquer l'ensemble des syndicats et représentants syndicaux concernés par la contestation.

Enfin, pour statuer il doit s'appuyer sur les éléments que les syndicats ont la charge de lui remettre et qui établissent, soit que les modes de règlement des litiges sont directement prévus par les statuts (ce qui peut être le cas lorsque les statuts de l'union donnent priorité au syndicat primaire présent dans l'entreprise pour effectuer une désignation), soit qu'une décision d'arbitrage est intervenue en interne au sein de l'organisation syndicale d'affiliation conformément aux dispositions statutaires. Ce n'est qu'en l'absence de l'un ou l'autre de ces éléments que le juge tranchera en s'appuyant sur le critère chronologique.

Cette jurisprudence devrait permettre de réduire les litiges en laissant aux organisations syndicales, en amont, la responsabilité de les régler eux-mêmes.

### ***Désignation d'un représentant au comité d'entreprise en cas de liste commune***

**Représentation des salariés – Comité d'entreprise – Représentant syndical – Désignation – Conditions – Obtention d' élu par l'organisation syndicale – Nombre – Détermination**

*Soc., 13 octobre 2010, Bull. 2010, V, n° 227, pourvoi n° 09-60.456*

Alors que, jusqu'avant le 20 août 2008, tout syndicat représentatif pouvait désigner un représentant syndical au comité d'entreprise (ou d'établissement), la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a modifié les conditions pour une telle désignation.

Selon l'article L. 2324-2, nouveau, du code du travail, « sous réserve des dispositions applicables dans les entreprises de moins de trois cents salariés [...], chaque organisation syndicale ayant des élus au comité d'entreprise peut y nommer un représentant ». Un arrêt du 8 juillet 2009 (*Bull. 2009, V, n° 179, pourvoi n° 09-60.015*) a précisé que pour désigner un représentant au comité d'entreprise, un syndicat n'avait plus à être représentatif. Il faut désormais exclusivement qu'il remplisse la nouvelle condition relative à la présence d' « élus ». Et par une décision du 18 juin 2010 (Cass., QPC, 18 juin 2010, pourvoi n° 10-14.749), la Cour de cassation a refusé de transmettre la question de la constitutionnalité de cette exigence de deux élus, en estimant qu'elle n'était pas sérieuse.

Mais comment s'apprécie la condition tenant aux élus en cas de liste commune ? Les premiers éléments de réponse ont été donnés par un arrêt du 4 novembre 2009 (*Bull. 2009, V, n° 240, pourvoi n° 09-60.066*). Transposant les dispositions légales prévues pour le calcul de l'audience électorale en cas de liste commune (article L. 2122-3 du code du travail), la chambre sociale a indiqué qu'en cas de constitution d'une liste commune pour les élections au comité d'entreprise ou d'établissement, le nombre d'élus obtenu par chaque organisation syndicale s'apprécie sur la base indiquée par les organisations syndicales concernées lors du dépôt de leur liste et, à défaut, par parts égales entre les organisations concernées.

Faut-il alors que le mode de répartition soit porté à la connaissance de l'employeur et des salariés selon un processus particulier? Tenant compte de la pratique qui consiste pour les syndicats à négocier, dans le cadre d'une liste commune, l'ordre de présentation des candidats de chaque syndicat pour déterminer le nombre d'élus de chacune des listes, la chambre sociale précise donc, dans son arrêt du 13 octobre 2010, que la mention sur la liste de candidats, ou les bulletins de vote, de l'appartenance des candidats à l'une ou l'autre liste vaut accord de répartition entre syndicats et autorise à calculer le nombre d'élus en fonction de l'étiquette qu'ils ont annoncée. On peut en déduire *a contrario*, qu'à défaut d'indication sur la liste de candidats ou sur les bulletins de vote de l'appartenance syndicale de chacun des candidats, les syndicats seront supposés avoir opté pour une répartition des élus à parts égales, au moins en ce qui concerne l'application des dispositions sur la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise.

### 3 – Protection des représentants du personnel

#### ***Transfert conventionnel, compétences respectives de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif***

Représentation des salariés – Règles communes – Contrat de travail – Modification dans la situation juridique de l'employeur – Transfert conventionnel du contrat de travail – Salarié protégé transféré – Autorisation de l'inspecteur du travail – Domaine d'application – Détermination – Portée

*Soc., 3 mars 2010, Bull. 2010, V, n° 51, pourvois n° 08-41.600 et 08-44.120*

Séparation des pouvoirs – Principe – Violation – Cas – Méconnaissance d'une décision administrative – Applications diverses

*Soc., 3 mars 2010, Bull. 2010, V, n° 53, pourvoi n° 08-40.895*

Aux termes de l'article L. 2414-1 du code du travail, le transfert d'un salarié protégé compris dans un transfert partiel d'entreprise ou d'établissement ne peut intervenir qu'après autorisation de l'inspecteur du travail. Se posait la question de savoir si un salarié protégé pouvait s'opposer au changement d'employeur dès lors que son transfert avait été autorisé par l'inspecteur du travail.

La chambre sociale distingue, au travers de ces arrêts, selon que le transfert intervient dans le cadre d'une application de plein droit de l'article L. 1224-1 du code du travail (pourvoi n° 08-40.895) ou d'un transfert conventionnel résultant, en la circonstance, de l'application de l'annexe V de la convention collective nationale des activités du déchet (pourvois n° 08-41.600 et 08-44.120).

- Dans le premier cas, la chambre sociale approuve une cour d'appel d'avoir retenu que le changement d'employeur s'imposait au salarié dès lors que son transfert avait été autorisé sur le fondement de l'article L. 1224-1 du code du travail. L'inspecteur du travail saisi d'une demande s'inscrivant dans ce cadre doit en effet vérifier que les conditions légales du transfert sont bien réunies (CE, 27 juin 2005, n° 277048). La juridiction judiciaire ne

pouvait, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, remettre en cause la décision de l'autorité administrative sur ce point. Cette jurisprudence n'est pas nouvelle et confirme la solution adoptée dans deux arrêts non publiés des 25 janvier 2006 (pourvoi n° 04-41.755) et 29 novembre 2006 (pourvoi n° 04-48.675), position réaffirmée dans un arrêt récent du 17 juin 2009 (*Bull.* 2009, V, n° 154, pourvoi n° 08-42.614).

- Dans l'hypothèse d'un transfert conventionnel, le contrôle administratif ne s'exerce que sur l'absence de discrimination et non sur le consentement du salarié. Ce dernier doit donc conserver la possibilité d'invoquer devant le juge judiciaire l'absence d'accord sur le changement d'employeur qui constitue une novation de son contrat de travail à laquelle il peut s'opposer dès lors que les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du code du travail ne sont pas remplies. Cette question n'avait jamais été posée aussi clairement devant la chambre sociale, les arrêts des 11 janvier 2005 (*Bull.* 2005, V, n° 3, pourvois n° 02-42.961 et 02-43.222) et 30 septembre 2005 (pourvoi n° 04-45.372) ayant été diversement interprétés en doctrine.

Bien que la question ne lui fût pas posée, on peut penser que la chambre sociale adopterait le même raisonnement dans l'hypothèse d'un transfert intervenant sur la base d'une application volontaire de l'article L. 1224-1 du code du travail. Juger du contraire reviendrait en effet à placer le salarié protégé dans une situation moins favorable que celle des autres salariés (*Soc.*, 10 octobre 2006, *Bull.* 2006, V, n° 294, pourvoi n° 04-46.134).

### ***Non-cumul des indemnités de licenciement abusif***

**Contrat de travail, rupture – Licenciement – Salarié protégé – Mesures spéciales – Inobservations – Dommages-intérêts – Cumul avec d'autres indemnités – Conditions – Indemnité n'ayant pas le même objet – Exclusion – Cas**

*Soc.*, 30 juin 2010, *Bull.* 2010, V, n° 154, pourvoi n° 09-40.347

Un salarié ne peut obtenir deux fois réparation d'un même préjudice.

Il en résulte que le salarié licencié à la fois sans autorisation administrative, alors que celle-ci était nécessaire, et en méconnaissance des règles applicables aux victimes d'accidents du travail, ne peut cumuler l'indemnité due en application de l'article L. 1226-15 du code du travail et celle réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement, en toute hypothèse au moins égale à l'indemnité prévue par l'article L. 1235-3 du même code. Il ne peut obtenir que l'indemnité la plus élevée.

Voir le commentaire *infra*, rubrique rupture du contrat de travail (G), licenciement (2), indemnités de licenciement (2-4), p. 361.

**Mandats extérieurs à l'entreprise, prise d'effet du statut protecteur**

**Représentation des salariés – Règles communes – Statut protecteur – Période de protection – Point de départ – Détermination**

*Soc., 22 septembre 2010, Bull. 2010, V, n° 190, pourvoi n° 08-45.227*

*Soc., 22 septembre 2010, Bull. 2010, V, n° 191, pourvoi n° 09-40.968*

*Soc., 22 septembre 2010, Bull. 2010, V, n° 192, pourvoi n° 09-41.173*

**Contrat de travail, rupture – Licenciement économique – Licenciement collectif – Formalités légales – Entretien préalable – Domaine d'application – Salarié protégé compris dans un licenciement collectif**

*Soc., 22 septembre 2010, Bull. 2010, V, n° 190, pourvoi n° 08-45.227*

1) Le code du travail assure la protection contre le licenciement des salariés qui exercent un mandat ou une fonction extérieurs à l'entreprise dans l'intérêt des salariés. Cette protection d'ordre public a pour objet l'exercice du mandat ou de la fonction protégée. Sa mise en œuvre suscite cependant des difficultés récurrentes dans de nombreuses hypothèses où l'employeur licencie le salarié concerné sans demander l'autorisation administrative nécessaire parce qu'il ignore la fonction exercée par le salarié dont ce dernier n'a pas à l'informer spécialement. Telle était la situation dans les trois arrêts rapportés concernant un conseiller du salarié en période d'essai à laquelle il a été mis fin et qui a sollicité sa réintégration (pourvoi n° 09-41.173), un conseiller prud'homme licencié également pendant la période d'essai mais qui demandait une indemnisation pour violation du statut protecteur et licenciement illicite (pourvoi n° 09-40.968) et un conseiller du salarié licencié demandant également cette indemnisation (pourvoi n° 08-45.227).

Dans les trois hypothèses, devant les juges du fond, l'employeur contestait l'application du statut protecteur dont il n'avait pas connaissance, soit en alléguant l'irrégularité de la publication prévue par la loi (pourvois n° 09-41.173 et 08-45.227), soit en soutenant que le salarié avait une obligation d'information (pourvoi n° 08-45.227) ou que le salarié avait la charge de la preuve de la publication (pourvoi n° 09-40.968). Dans tous les cas les juges du fond ont fait droit aux demandes des salariés en appliquant la jurisprudence de la chambre sociale selon laquelle les publicités prévues par le code du travail rendent la fonction exercée opposable à tous, en faisant ainsi courir le droit à la protection de cette publicité.

S'agissant des conseillers prud'hommes, l'article D. 1441-164 du code du travail prévoit la publication de la liste des conseillers élus aux conseils au recueil des actes administratifs de la préfecture. Dans un arrêt du 9 juin 1998 (*Bull.* 1998, V, n° 314, pourvoi n° 96-43.015), la chambre sociale en a déduit que cette publication la rendait opposable à tous de sorte que le statut protecteur s'appliquait. S'agissant du conseiller du salarié, l'article L. 1232-7, alinéa 2, du même code prévoit son inscription sur une liste arrêtée par l'autorité administrative et l'article D. 1232-5 dudit code dispose que cette liste est arrêtée par le préfet du département et publiée au recueil des actes administratifs de la préfecture. Il a été également décidé que cette publicité rendait la liste opposable à tous et marquait le point de départ de la protection (*Soc.*, 13 juillet 2004, *Bull.* 2004, V, n° 212, pourvoi n° 02-42.681). La jurisprudence a retenu deux exceptions à cette règle, la première tirée de la connaissance par l'employeur de la fonction protégée, alors même que la publication n'aurait pas

encore été effectuée (Soc., 24 septembre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 185, pourvois n° 07-41.191 et 07-40.436), la seconde fondée sur la fraude du salarié pour exclure la protection (Soc., 6 avril 2005, pourvoi n° 03-42.894).

Cette jurisprudence, fondée sur les effets juridiques de toute publicité, a suscité néanmoins des difficultés, dans la mesure où elle repose sur une présomption de connaissance, rarement réalisée dans les faits. La Cour de cassation a, pour cette raison et afin de concilier la protection de telles fonctions et les droits de l'employeur de bonne foi, proposé dans le *Rapport annuel* de 2007 (p. 13) une modification législative sur ce point, inspirée de la protection de la maternité ; elle n'a pas à ce jour été réalisée. Cette jurisprudence a nourri en outre des discussions importantes sur la régularité de la publicité, ce qui était le cas dans les arrêts rendus sur les pourvois n° 09-41.173 et 08-45.227. Elle n'était pas non plus en harmonie avec la jurisprudence du Conseil d'État qui n'hésite pas à annuler une décision d'autorisation administrative d'un délégué syndical par ailleurs conseiller prud'homme, si cette dernière qualité, qui n'a pas été mentionnée par l'employeur, n'a pas été prise en compte par l'autorité administrative (CE, 13 décembre 2005, n° 277748, publié au *Recueil Lebon*). Le Conseil d'État considère en effet que l'ignorance alléguée tant par l'employeur que l'administration n'exonère pas l'administration de l'obligation de suivre la procédure prévue et ne peut avoir pour effet de priver le salarié des garanties qu'il tient de sa qualité de salarié protégé (CE, 9 mars 1983, n° 40052).

C'est la raison pour laquelle dans les trois arrêts rapportés, la chambre sociale, considérant que la protection s'attache au mandat ou à la fonction dont est investi un conseiller prud'homme ou un conseiller du salarié et ne peut pas dépendre d'une formalité de publicité, décide que la protection court à compter de la proclamation des résultats de l'élection prud'homale ou à compter de l'inscription sur la liste des conseillers du salarié par l'arrêté préfectoral prévu par les articles L. 1232-7, alinéa 2, et D. 1232-5, indépendamment des formalités de publicité.

Il en résulte que le licenciement sans autorisation administrative d'un salarié ainsi investi est nul, peu important que le salarié n'ait pas informé l'employeur de son mandat, une telle obligation n'existant pas (pourvoi n° 08-45.227).

Tout en réaffirmant ainsi la primauté de la protection d'ordre public qui s'attache à l'exercice d'un mandat ou d'une fonction dans l'intérêt des salariés, la Cour de cassation précise également les conséquences de la méconnaissance du statut protecteur. Le salarié est en droit de demander sa réintégration, ce qui est la conséquence de droit de la nullité de la rupture du contrat de travail en méconnaissance de cette protection d'ordre public et fait prévaloir l'exercice du mandat (pourvoi n° 09-41.173).

S'agissant du droit à indemnisation, la Cour de cassation adopte une position nuancée dans le pourvoi n° 08-45.227. Cette indemnisation résulte d'une construction prétorienne adaptée aux représentants élus ou désignés du personnel, étendue aux salariés investis d'un mandat extérieur à l'entreprise, en particulier s'agissant de l'indemnité forfaitaire pour violation du statut protecteur (Soc., 2 mai 2001, *Bull.* 2001, V, n° 147, pourvoi n° 98-46.319), solution étendue à tous les salariés investis d'une fonction élective protégée extérieure à l'entreprise (Soc., 1<sup>er</sup> juin 2010, *Bull.* 2010, V, n° 123, pourvoi n° 09-41.507). Si cette indemnisation se

justifie chaque fois que l'employeur licencie un salarié alors qu'il a connaissance de son mandat, elle peut apparaître lourde lorsque dans les faits, il n'en a pas connaissance et agit de bonne foi. C'est pourquoi la Cour de cassation réserve sur ce point l'hypothèse du manquement éventuel par le salarié à son obligation de loyauté lorsque, ne sollicitant pas sa réintégration, il demande les indemnités consécutives au licenciement sans autorisation administrative.

2) Dans l'arrêt rendu sur le pourvoi n° 08-45.227, la Cour de cassation précise en outre que le licenciement d'un salarié occupant les fonctions de délégué syndical, salarié mandaté ou conseiller du salarié doit toujours être précédé, avant la saisine de l'inspecteur du travail, par un entretien préalable et ce, même lorsqu'il s'inscrit dans le cadre d'un licenciement économique collectif. Cette solution rejoint une jurisprudence constante de la chambre sociale s'agissant du licenciement, dans le cadre d'un licenciement économique collectif, de représentants élus du personnel (Soc., 10 mai 1999, *Bull.* 1999, V, n° 207, pourvoi n° 97-40.510). Elle s'explique par le fait que si la consultation du comité d'entreprise, prévue par l'article L. 2421-3 du code du travail pour les licenciements économiques collectifs, dispense l'employeur de son obligation d'exposer individuellement aux salariés menacés de licenciement les motifs de ce dernier, elle n'a pas d'incidence sur l'obligation pour l'employeur de s'entretenir avec les salariés titulaires de mandats pour évoquer l'incidence spécifique du licenciement sur ces mandats.

#### 4 – Fonctionnement des institutions représentatives du personnel

##### *Projet important, consultation du CHSCT et recours à une mission d'expertise*

Travail réglementation, santé et sécurité – Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail – Consultation – Nécessité – Cas – Décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail – Applications diverses

*Soc., 30 juin 2010, Bull. 2010, V, n° 156, pourvoi n° 09-13.640*

L'article L. 4612-8 du code du travail dispose que le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est consulté avant toute décision d'aménagement important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail (CHSCT) et, notamment, avant toute transformation importante des postes de travail découlant de la modification de l'outillage, d'un changement de produit ou de l'organisation du travail, avant toute modification des cadences et des normes de productivité liées ou non à la rémunération du travail.

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 30 juin 2010, les faits se présentaient de la manière suivante : au sein de son établissement secondaire appelé Unité d'intervention Rhône et Durance, qui couvre les départements de la Drôme, de l'Ardèche, du Vaucluse, des Hautes-Alpes et des Alpes-de-Haute-Provence, la société France Télécom disposait d'un service dit de « pilotage de conduite d'activités », comprenant quatre-vingt agents répartis sur plusieurs sites dont dix-neuf étaient affectés sur le site d'Avignon. Elle a décidé le regroupement de ce service et, partant, des salariés concernés, sur le site unique de Montélimar. Pour ce faire, elle a consulté le CHSCT compétent pour le site de la Drôme et de l'Ardèche,



mais non le CHSCT compétent pour le site du Vaucluse et des Alpes, l'Unité d'intervention Rhône et Durance disposant de deux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, l'un pour le nord (CHSCT-UIRD Nord), l'autre pour le sud (CHSCT-UIRD Sud).

Pour rejeter la demande tendant à ce qu'il soit sursis au projet de redéploiement jusqu'à la consultation du CHSCT-UIRD Sud, la cour d'appel, statuant sur appel d'une ordonnance de référé, avait considéré que le seul changement d'affectation des dix-neuf agents d'Avignon consécutif au redéploiement ne constituait pas un aménagement important au sens des dispositions de l'article L. 4612-8 du code du travail imposant la consultation du CHSCT-UIRD Sud.

La question posée par le pourvoi formé contre la décision était double :

- Le projet de redéploiement avait-il le caractère d'une décision d'aménagement important au sens du texte légal et, pour cette appréciation, fallait-il prendre en compte le projet global ou le projet en tant qu'il concernait les seuls agents d'Avignon ?
- Quand un projet, par ses incidences (fermeture de plusieurs sites et transfert de salariés sur un site unique), dépasse la compétence territoriale d'un CHSCT déterminé, faut-il consulter l'ensemble des CHSCT territorialement compétents ?

Pour y répondre la Cour de cassation a, d'abord, considéré qu'en tant qu'il avait pour effet d'entraîner le transfert des salariés hors de leur secteur géographique d'origine ou le changement de leurs attributions, le projet de regroupement sur un même site d'un service commun réparti sur plusieurs sites intéressant quatre-vingt salariés avait le caractère d'une décision d'aménagement important au sens du texte légal ; ce qui signifie que la Cour de cassation a pris en compte le projet dans sa globalité pour en apprécier l'importance. Cela étant, il sera ici rappelé que le nombre de salariés concernés ne détermine pas, à lui seul, l'importance du projet (Soc., 10 février 2010, *Bull.* 2010, V, n° 40, pourvoi n° 08-15.086), de sorte qu'il ne peut être dit qu'au regard des seuls agents d'Avignon le projet n'eut pas été considéré comme un projet d'aménagement important.

Et la Cour de cassation a, ensuite, posé en règle qu'en l'absence d'un CHSCT unique compétent pour l'ensemble des sites concernés quand un projet affecte plusieurs sites, le projet excède, dans une telle hypothèse, nécessairement les prérogatives de chacun des CHSCT et impose la consultation de tous les CHSCT territorialement compétents pour ces sites.

### **Consultation du comité d'entreprise**

**Représentation des salariés – Comité d'entreprise – Attributions – Attributions consultatives – Organisation, gestion et marche générale de l'entreprise – Opération de concentration – Partie à l'opération de concentration – Définition – Affectation directe ou indirecte par l'opération de contrôle**

*Soc., 26 octobre 2010, Bull. 2010, V, n° 248, pourvoi n° 09-65.565*

L'article L. 2323-20 du code du travail constitue, pour les opérations de concentration, une application particulière de la mission générale d'information et de consultation que l'article L. 2323-1 du même code attribue au comité d'entreprise dans le domaine de

la gestion et de l'évolution économique et financière de l'entreprise. Il s'applique dès lors que l'employeur est partie à une opération de concentration relevant de l'article L. 430-1 du code de commerce. Il lui impose alors de réunir le comité d'entreprise dès que la notification du projet de concentration est publiée. Le comité d'entreprise peut, en ce cas, choisir un expert-comptable chargé de l'assister. Mais il est nécessaire de déterminer à partir de quels éléments l'employeur peut être qualifié de partie à l'opération de concentration. Cette notion est ici appréhendée en fonction des définitions du droit communautaire et, en particulier, en considération des prévisions du Règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, du 21 avril 2004, concernant la mise en œuvre du Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. L'article 1.6. de l'annexe I du Règlement n° 802/2004 inclut parmi les « parties » toutes les entreprises appartenant au même groupe, qui se trouvent ainsi associées à la procédure de contrôle. Même s'il ne concerne que la procédure communautaire de contrôle des concentrations, ce texte permet de comprendre que les parties ne sont pas uniquement les deux entités qui fusionnent mais aussi toutes celles qui se trouvent impliquées indirectement dans l'opération. En l'espèce, la décision de recourir à l'aide d'un expert avait été prise par le comité d'entreprise de l'unité économique et sociale regroupant des filiales françaises d'un groupe international. L'opération de concentration entre la société-mère et une société exerçant la même activité mais appartenant à un autre groupe, avait pour objet de regrouper dans un même groupe d'entreprises l'ensemble des activités des entités composant les deux groupes qui, jusqu'alors, occupaient des positions concurrentes. Les filiales françaises du groupe « cible » se trouvaient ainsi impliquées, de manière indirecte, dans l'opération. C'est à partir de cet élément que la chambre sociale approuve la cour d'appel d'avoir validé la mesure d'expertise comptable. Mais il est aussi nécessaire que l'opération envisagée puisse avoir une incidence sur la situation des salariés des sociétés indirectement impliquées dans la concentration, ainsi que le rappelle l'arrêt.

## **G – Rupture du contrat de travail**

### **1 – Prise d'acte de la rupture et résiliation judiciaire**

#### ***Prise d'acte et préavis***

**Contrat de travail, rupture – Prise d'acte de la rupture – Prise d'acte par le salarié – Cause – Manquements reprochés à l'employeur – Gravité – Gravité suffisante – Appréciation – Absence d'incidence de l'exécution d'un préavis**  
*Soc., 2 juin 2010, Bull. 2010, V, n° 128, pourvoi n° 09-40.215*

Dans l'affaire ci-dessus référencée, la question était posée à la Cour de cassation de la compatibilité de la prise d'acte avec l'exécution d'un préavis.

En l'espèce, un salarié, qui estimait avoir été progressivement dépouillé de ses fonctions et responsabilités, avait pris acte de la rupture de son contrat de travail en l'assortissant d'un préavis de deux mois. Selon le pourvoi de l'employeur, les juges ne pouvaient retenir que les griefs invoqués par le salarié étaient d'une gravité suffisante pour faire produire à sa

prise d'acte les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse tout en constatant que l'intéressé avait poursuivi l'exécution de son contrat de travail postérieurement à la date de la prise d'acte. En d'autres termes, il était soutenu que l'exécution par le salarié d'un préavis était de nature à disqualifier les griefs invoqués à l'appui de sa prise d'acte, selon un raisonnement symétrique à celui qui prévaut en matière de licenciement pour faute grave.

Des arguments peuvent plaider en faveur de cette thèse, au premier rang desquels l'idée que 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 de l'employeur. Dans cette perspective, qui postule un cantonnement de la prise d'acte à des faits constitutifs de fautes graves, on conçoit mal que celle-ci puisse s'accompagner de l'observation d'un préavis.

Mais, outre que cette approche ne va pas dans le sens actuel de notre jurisprudence, il est difficile de suivre le pourvoi dans les conséquences qu'il attache à l'exécution du préavis. S'il est constant qu'une prise d'acte n'est justifiée que si les faits invoqués par le salarié sont « suffisamment graves », il n'en résulte nullement l'exigence d'une faute grave de nature à rendre impossible la poursuite de l'exécution du travail, fût-ce pendant la durée limitée du préavis. D'abord, une telle conception impliquerait, de la part de la Cour de cassation, un contrôle qu'elle n'exerce actuellement qu'à la marge, lorsque sont en cause certains manquements (Soc., 4 février 2009, pourvoi n° 08-40.611 : modification unilatérale du contrat de travail; Soc., 30 octobre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 177, pourvoi n° 06-43.327 : atteinte à l'intégrité physique et morale du salarié). Ensuite, elle supposerait que soit opérée une différence entre les manquements de l'employeur susceptibles de fonder une prise d'acte et ceux permettant au juge de prononcer la résiliation judiciaire du contrat, étant entendu que seuls les plus graves d'entre eux, qui contraindraient le salarié à donner un effet immédiat à la rupture, justifieraient une prise d'acte (Frédéric Géa et Hervé Gosselin, « Quelle est la nature juridique de la prise d'acte ? », in *Dr. trav.* 2009, p. 688). Or pour l'heure, ce sont les mêmes manquements qui, indifféremment, justifient l'une et l'autre (Soc., 22 mars 2006, pourvoi n° 04-47.516 : résiliation judiciaire en raison d'une modification unilatérale du contrat de travail).

En toute hypothèse, il n'a pas paru envisageable à la Cour de cassation de faire dépendre l'appréciation du bien-fondé d'une prise d'acte de l'attitude du salarié à l'égard du préavis. Si l'on peut convenir qu'il y ait quelque incohérence à assortir une prise d'acte de l'observation d'un préavis, une telle initiative ne saurait, comme le suggère le pourvoi, priver le salarié de la possibilité de se prévaloir de la gravité des manquements de l'employeur à l'origine de la rupture.

Aussi la Cour de cassation, optant pour une dissociation de la question du bien-fondé de la prise d'acte et de celle du préavis, décide-t-elle que « si la prise d'acte entraîne la cessation immédiate du contrat de travail, de sorte que le salarié n'est pas tenu d'exécuter un préavis, la circonstance que l'intéressé a spontanément accompli ou offert d'accomplir celui-ci est sans incidence sur l'appréciation de la gravité des manquements invoqués à l'appui de la prise d'acte ».

## 2 – Licenciement

### 2-1 – Formalités de licenciement

#### *Formalités prévues par un engagement unilatéral de l'employeur*

Contrat de travail, rupture – Licenciement – Formalités préalables – Formalités prévues par un engagement unilatéral de l'employeur – Inobservation – Portée

*Ass. plén., 5 mars 2010, Bull. 2010, Ass. plén., n° 1, pourvois n° 08-42.843 et 08-42.844*

Un couple de gardiens engagé par le syndicat des copropriétaires d'un immeuble a été licencié par le syndic.

Contestant la régularité de leur licenciement, non conforme au règlement de copropriété qui prévoyait que leur congédiement devait intervenir par décision de l'assemblée générale des copropriétaires à la majorité ordinaire, les salariés ont saisi la juridiction prud'homale.

Une première cour d'appel a accueilli les demandes des salariés en jugeant que, faute d'autorisation préalable de l'assemblée générale des copropriétaires stipulée dans le règlement de copropriété instituant une garantie de fond, les licenciements étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse.

Le 16 mai 2007 (pourvoi n° 05-45.332), la chambre sociale a cassé cet arrêt au motif que l'obligation de recueillir l'accord de l'assemblée générale des copropriétaires ne constituait pas une garantie de fond, de sorte que la cour d'appel devait se prononcer sur le motif de licenciement invoqué par l'employeur.

La cour de renvoi a statué dans le même sens que la première cour d'appel en estimant que les décisions unilatérales du syndic de licencier les gardiens étaient entachées d'une irrégularité de fond à défaut d'avoir respecté la procédure d'autorisation préalable de l'assemblée générale des copropriétaires, comme le prévoyait une disposition du règlement de copropriété qui n'avait été ni remise en cause, ni arguée de nullité par l'employeur comme contraire aux règles de la copropriété et dont les salariés étaient fondés à se prévaloir puisqu'elle instaurait une garantie en leur faveur. Le syndicat des copropriétaires a donc été condamné à payer des dommages-intérêts aux gardiens pour licenciements abusifs.

L'assemblée plénière approuve cette décision.

En effet, la clause, non contestée, du règlement de copropriété qui instaure une procédure protectrice supplémentaire d'autorisation préalable au profit des salariés avant la décision de licenciement, constituait un engagement unilatéral de l'employeur dont les gardiens pouvaient se prévaloir et une garantie de fond qui leur était accordée de sorte que son inobservation avait pour effet de rendre sans cause réelle et sérieuse leurs licenciements.

L'assemblée plénière fait ainsi une nouvelle application de l'engagement unilatéral de l'employeur, caractérisé par l'expression de volonté explicite de l'employeur de consentir un avantage à ses salariés ou à une catégorie d'entre eux qui peuvent s'en prévaloir, après que la

chambre sociale l'a déjà admis, en la matière, pour une clause de règlement de copropriété prévoyant le logement gratuit du concierge par les copropriétaires (Soc., 27 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 106, pourvoi n° 98-44.292 et Soc., 30 novembre 2005, pourvoi n° 04-41.934).

En outre, l'assemblée plénière admet qu'une telle règle de forme obligatoire qui trouve sa source dans un règlement de copropriété et institue un régime de licenciement plus protecteur en faveur des gardiens, dont la méconnaissance était de nature à porter atteinte aux droits de la défense de ces derniers, constituait bien une garantie de fond dont la violation avait pour effet, en privant de cause réelle et sérieuse leurs licenciements, de les rendre abusifs.

### **Qualité du signataire de la lettre de licenciement**

**Contrat de travail, rupture – Licenciement – Formalités légales – Lettre de licenciement – Signature – Qualité du signataire – Délégation de pouvoir – Délégation écrite – Nécessité (non)**

*Ch. mixte, 19 novembre 2010, Bull. 2010, Ch. mixte, n° 1, pourvoi n° 10-10.095*

Voir le commentaire *infra*, rubrique activités économiques, commerciales et financières (IV), droit des sociétés (B), p. 377.

**Société par actions simplifiée – Direction – Pouvoir de représentation à l'égard des tiers – Délégation – Conditions – Délégation spéciale – Cas – Engagement ou licenciement des salariés de l'entreprise – Possibilité**

**Contrat de travail, rupture – Licenciement – Formalités légales – Lettre de licenciement – Signature – Qualité du signataire – Mandataire – Défaut de mandat – Ratification du licenciement – Possibilité – Modalités**

*Ch. mixte, 19 novembre 2010, Bull. 2010, Ch. mixte, n° 2, pourvoi n° 10-30.215*

Voir le commentaire *infra*, rubrique activités économiques, commerciales et financières (IV), droit des sociétés (B), p. 377.

## **2-2 – Licenciement pour motif économique**

### **Délai de prescription**

**Contrat de travail, rupture – Licenciement – Nullité – Action en nullité – Prescription – Délai – Détermination**

*Soc., 15 juin 2010, Bull. 2010, V, n° 134, pourvois n° 09-65.062 et 09-65.064*

Pour la première fois, la chambre sociale a pris position sur le champ d'application du délai de prescription de douze mois prévu par l'article L. 1235-7 du code du travail, issu de la loi du n° 2005-32 18 janvier 2005. Ce texte, dérogeant au droit commun, impose un délai d'une année pour contester la régularité ou la validité d'un licenciement économique, en fixant son point de départ à la dernière réunion du comité d'entreprise ou, lorsque la contestation émane d'un salarié licencié, à la date de notification du licenciement, à la condition qu'il en soit fait mention dans la lettre de licenciement.

Cette disposition résulte d'une lettre modificative du 20 octobre 2004, par laquelle le Premier ministre, au cours des travaux parlementaires avait amendé le projet de loi de programmation pour la cohésion sociale, afin d'y ajouter des articles traitant des licenciements économiques, à la suite de l'échec de la négociation interprofessionnelle sur la gestion prévisionnelle des emplois. L'objet du texte, qui s'inspirait des propositions de la commission de Virville visant à sécuriser les licenciements économiques, était, selon l'exposé des motifs, de clarifier les règles applicables aux contestations portant « sur le respect de la procédure de licenciement économique, en précisant les délais de recours ». N'étaient ainsi envisagées que les contestations portant sur la *régularité* du licenciement et c'est au cours des débats parlementaires que la *validité* du licenciement a été introduite.

Plusieurs raisons peuvent expliquer la position prise par la chambre sociale sur la portée de ce texte. D'abord, s'agissant d'une disposition dérogatoire, il doit en être fait une application restrictive et, à cet égard, le terme de validité évoque la qualité d'un acte qui ne peut être annulé. Ensuite, la rédaction du texte, qui fait référence à la dernière réunion du comité d'entreprise, renvoie manifestement à la procédure de licenciement collectif pour motif économique nécessitant la consultation des représentants du personnel sur un plan de sauvegarde de l'emploi. Il convient d'ailleurs de rappeler qu'à l'époque la chambre sociale avait jugé que le délai de contestation de la validité du plan, pouvant entraîner la nullité de la procédure de licenciement et par-là une obligation de réintégration, était de cinq années (Soc., 28 mars 2000, *Bull.* 2000, V, n° 132, pourvois n° 98-40.228 et 99-41.717; Soc., 20 mars 2001, *Bull.* 2001, V, n° 99, pourvois n° 99-41.041 à 99-41.054). Le compte rendu des travaux parlementaires montre qu'étaient surtout envisagées les conséquences des « recours des salariés contre le plan social » (*JOAN CR* 3 décembre 2004, p. 10493). En sens inverse, la circulaire du ministre du travail du 30 décembre 2005 relative à l'anticipation et à l'accompagnement des restructurations (DGEFP-DRT n° 2005-47, NOR : SOCT0510417C) exposait que ce délai était applicable à tout le contentieux des licenciements économiques, qu'ils soient collectifs ou individuels, position reprise par certains auteurs et suivie par des cours d'appel.

Ce n'est pas la solution retenue dans l'arrêt, qui exclut l'application du délai de douze mois lorsque le litige ne met pas en cause la validité d'un plan de sauvegarde de l'emploi et ne porte, comme en l'espèce, que sur l'existence d'une cause économique réelle et sérieuse.

### **Départs volontaires et plan de sauvegarde de l'emploi**

**Contrat de travail, rupture – Licenciement économique – Licenciement collectif – Plan de sauvegarde de l'emploi – Contenu – Mesures de reclassement – Nécessité – Exclusion – Cas – Départs volontaires excluant tout licenciement**

*Soc.*, 26 octobre 2010, *Bull.* 2010, V, n° 245, pourvoi n° 09-15.187

Le 26 octobre 2010, la chambre sociale a été amenée à se prononcer sur une question qui divisait la doctrine et les juridictions du fond et sur laquelle elle n'avait pas encore statué. Il s'agissait de savoir si l'employeur qui entend réduire les effectifs de l'entreprise, pour un motif économique, en faisant appel au volontariat est tenu de mettre en place un plan de reclassement à l'intention des salariés dont les emplois sont menacés.

Il est certain que pèse sur lui, lorsque les conditions requises sont remplies, l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi soumis à la consultation des représentants du personnel (Soc., 2 décembre 2003, *Bull.* 2003, V, n° 309, pourvoi n° 01-46.540). C'est une conséquence nécessaire de l'article L. 1233-3, alinéa 2, du code du travail, lequel déclare les dispositions du chapitre sur le licenciement pour motif économique applicables à « toute rupture du contrat de travail résultant » d'une cause économique. Cette extension du champ du licenciement économique à toutes les modalités de rupture, dont la rupture amiable, répond aux exigences de la Directive 98/59/CE du Conseil, du 20 juillet 1998, modifiant la Directive 92/56/CEE du Conseil, du 24 juin 1992, qui inclut dans la catégorie des licenciements collectifs, par assimilation, toutes les cessations du contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur pour un motif non inhérent à la personne des travailleurs. Mais pour autant, toutes les dispositions de ce chapitre du code du travail ne régissent pas les ruptures amiables du contrat de travail. Ainsi, la chambre sociale a exclu en ce cas l'obligation de notification du licenciement (Soc., 13 septembre 2005, *Bull.* 2005, V, n° 252, pourvoi n° 04-40.135) et la mise en œuvre d'un ordre des licenciements (Soc., 12 juillet 2004, pourvoi n° 02-19.175), parce que ces dispositions apparaissent incompatibles avec une résiliation conventionnelle du contrat. En revanche, le salarié qui a quitté volontairement l'entreprise dans le cadre d'un plan de réduction des effectifs bénéficie de la priorité de réembauche (Soc., 13 septembre 2005, précité) et doit se voir proposer une adhésion à un plan anticipé d'aide au retour à l'emploi (PARE anticipé), auquel a succédé la convention de reclassement personnalisé (Soc., 16 décembre 2008, *Bull.* 2008, V, n° 254, pourvoi n° 07-15.019).

Plusieurs raisons pouvaient être avancées en faveur de la mise en place d'un plan de reclassement. D'abord, l'article L. 1233-61 du code du travail prescrit à l'employeur sur un mode impératif d'intégrer dans le plan de sauvegarde de l'emploi un plan de reclassement, sans aucune exclusion, l'objectif qui lui est assigné d'éviter des licenciements devant être compris en tenant compte de l'assimilation de tous les modes de rupture résultant de l'article L. 1233-3 du même code. Ensuite, l'ensemble des mesures prévues dans la sixième section du chapitre sur les licenciements économiques paraît répondre à un objectif d'intérêt public de protection de l'emploi et de reconversion économique et sociale échappant à la libre volonté de l'employeur et du salarié. En outre, la liberté du salarié de quitter l'entreprise à la faveur d'un plan de départs volontaires est relative (et risquée) et son choix pourrait être éclairé par la connaissance des possibilités de reclassement qui s'offrent à lui et pourraient lui permettre de rester dans l'entreprise ou dans le groupe. En sens inverse, une interprétation littérale de l'article L. 1233-61 du code du travail conduit à considérer que l'objectif d'un plan de reclassement, qui est d'éviter des licenciements, est étranger à un plan de départs volontaires, puisque le maintien du salarié dans son emploi résultera de son seul refus d'une rupture amiable du contrat, sans qu'il soit nécessaire d'envisager un reclassement dans un autre emploi. Par ailleurs, l'introduction d'un plan de reclassement dans un projet de rupture amiable des contrats de travail qui se veut consensuel est de nature à générer un contentieux sur la validité de la rupture, que la résiliation du contrat d'un commun accord permet d'éviter en supprimant toute possibilité de contestation de la cause de la rupture. Enfin, une certaine incompatibilité peut exister, dans la pratique, entre l'appel aux départs volontaires, comme seul mode de rupture, et la recherche de reclassements s'inscrivant dans un plan, compte tenu notamment de l'incertitude qui résulte de la

décision des salariés, spécialement du fait que le nombre des candidats au départ peut excéder celui des emplois supprimés.

Toutes ces raisons ont conduit la chambre sociale à retenir que l'établissement d'un plan de reclassement n'était pas compatible avec une réduction d'effectifs ne reposant que sur le volontariat. Mais cette exclusion du plan de reclassement est toutefois subordonnée à la réalisation d'une condition, que rappelle l'arrêt et qui était remplie en l'espèce : que l'employeur s'engage dans le plan de réduction des effectifs à ne prononcer aucun licenciement pour motif économique si le nombre des candidats au départ est inférieur au nombre d'emplois dont la suppression est envisagée. Il en résulte que, si l'employeur entend atteindre l'objectif de réduction des emplois qu'il s'est fixé, alors même que les départs volontaires seraient insuffisants, il doit alors ajouter à la mobilité « externe », assurée par le plan de départs volontaires, un dispositif de mobilité « interne » passant par la mise en place d'un plan de reclassement.

***Licenciements économiques collectifs au sein d'une unité économique et sociale***

**Contrat de travail, rupture – Licenciement économique – Licenciement collectif – Plan de sauvegarde de l'emploi – Mise en œuvre – Conditions – Appréciation – Cadre – Détermination**

*Soc., 16 novembre 2010, Bull. 2010, V, n° 258, pourvois n° 09-69.485 à 09-69.489*

Cet arrêt complète l'arrêt du 28 janvier 2009 (*Bull.* 2009, V, n° 26, pourvoi n° 07-45.481), par lequel la Cour de cassation a précisé, concernant l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi pesant sur l'employeur, que c'est au niveau de l'entreprise qu'il dirige que doivent être appréciées les conditions d'effectifs et de nombre de licenciements imposant l'établissement d'un tel plan.

L'arrêt rapporté précise que lorsque la décision de licencier est prise au niveau de l'unité économique et sociale (UES), par la direction commune aux entités qui la composent et non par telle ou telle société ou entité juridique composant l'UES, c'est bien au niveau de l'ensemble de l'UES qu'il faut apprécier les conditions d'établissement d'un plan de sauvegarde de l'emploi.

En effet, dès lors que la décision de licencier est prise à ce niveau, et non par la seule entité éventuellement concernée par le licenciement, c'est à ce niveau qu'il convient d'apprécier le projet de suppression d'emploi dans sa dimension collective. La reconnaissance d'une unité économique et sociale, qui suppose une unité de direction économique et une unité sociale, a pour raison d'être de permettre la mise en place d'une représentation collective commune des salariés par delà les divisions sociétaires de manière que le comité d'entreprise puisse être consulté et informé des décisions économiques prises au niveau de l'unité de direction économique (quelque soit la façon dont cette unité de direction est assurée). Le plan de sauvegarde de l'emploi qui doit être soumis au comité d'entreprise appréhende les licenciements envisagés dans leur dimension collective, et c'est d'ailleurs dans l'ensemble de l'UES qu'il y a lieu d'apprécier les moyens mis en œuvre dans le plan de sauvegarde.



Dans l'espèce rapportée la cour d'appel, dont l'arrêt est confirmé, avait constaté que la direction commune aux entités composant l'UES, filiales d'un même groupe entre lesquelles avaient été réparties les activités initialement exercées par une seule société, avait d'abord présenté un plan de sauvegarde de l'emploi portant sur la suppression de tous les emplois de l'UES, plan qu'elle avait ensuite abandonné. Puis, que la direction commune avait procédé à des licenciements échelonnés dans l'une de ses filiales sans mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi, en alléguant soit que le nombre de licenciements était inférieur à dix, soit, au moment du dernier licenciement, que l'UES n'avait plus cinquante salariés. Il résultait de ces constatations que la décision de licencier émanait incontestablement de la direction commune aux entités de l'UES qui étaient étroitement intégrées. En outre les constatations de la cour d'appel établissaient l'existence d'une fraude pour éviter la mise en place du plan. La décision de la cour d'appel est donc approuvée pour ce double motif.

Cette situation était différente de celle qui a donné lieu à l'arrêt du 28 janvier 2009, dans laquelle les juges n'étaient saisis que d'un licenciement prononcé par une des entités appartenant à un groupement d'intérêt économique (GIE) dans lequel un comité d'entreprise commun, qualifié de comité d'entreprise d'UES, avait été mis en place, alors qu'il n'était pas allégué que la décision de licenciement avait été prise au niveau d'une direction unique de cette UES, dont les contours n'étaient d'ailleurs pas précisés. Il était seulement allégué que d'autres licenciements économiques avaient eu lieu à la même époque dans les autres entités du GIE.

### 2-3 – Licenciement pour motif personnel

...

### 2-4 – Indemnités de licenciement

#### *Non-cumul des indemnités*

Contrat de travail, rupture – Licenciement – Salarié protégé – Mesures spéciales – Inobservations – Dommages-intérêts – Cumul avec d'autres indemnités – Conditions – Indemnité n'ayant pas le même objet – Exclusion – Cas

*Soc., 30 juin 2010, Bull. 2010, V, n° 154, pourvoi n° 09-40.347*

Contrat de travail, rupture – Licenciement – Nullité – Effets – Indemnité compensatrice de préavis – Paiement – Exclusion – Cas – Requalification d'une mise à la retraite en licenciement nul – Condition

*Soc., 30 juin 2010, Bull. 2010, V, n° 153, pourvoi n° 09-41.349*

Ces deux arrêts tranchent la question que pose, dans deux cas différents, le cumul d'indemnités sollicité par le salarié.

1) Dans la première espèce, le salarié demandeur au pourvoi, victime d'un accident du travail, avait été licencié pour inaptitude avant l'expiration du délai de six mois suivant la

fin de son mandat de délégué du personnel, sans autorisation de l'inspecteur du travail et sans qu'un reclassement ait été envisagé. L'arrêt attaqué avait jugé le licenciement nul et lui avait alloué, outre une somme au titre du non-respect de la procédure de licenciement, une somme au titre de la violation de son statut protecteur de délégué du personnel et une somme pour défaut de reclassement sur le fondement de l'article L. 1226-15 du code du travail. Il avait, en revanche, rejeté sa demande d'indemnité au titre du licenciement nul considérant que le préjudice invoqué était déjà réparé.

La chambre approuve la solution de la cour d'appel en rappelant qu'un salarié ne peut obtenir deux fois réparation d'un même préjudice et que, lorsque deux indemnités ont le même objet, l'intéressé ne peut prétendre qu'à l'indemnité plus élevée.

L'arrêt rendu fournit par là même l'occasion de juger qu'ont le même objet :

- l'indemnité due en application de l'article L. 1226-15 du code du travail, à savoir l'indemnité qui ne peut être inférieure à douze mois de salaire et qui est accordée au salarié licencié en méconnaissance des dispositions du salarié déclaré inapte et qui n'est pas réintégré ;
- et l'indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement, en toute hypothèse au moins égale à l'indemnité prévue par l'article L. 1234-9 du même code, accordée au salarié protégé qui ne demande pas la poursuite de son contrat de travail rompu sans autorisation administrative (Soc., 12 juin 2001, *Bull.* 2001, V, n° 219, pourvoi n° 99-41.695 ; Soc., 16 mars 2005, *Bull.* 2005, V, n° 96, pourvoi n° 02-45.077 ; Soc., 27 mai 2008, pourvoi n° 06-44.641 ; Soc., 21 octobre 2009, pourvoi n° 08-41.764 ; Soc., 16 décembre 2009, pourvoi n° 08-44.541).

L'arrêt permet de préciser que la règle affirmée par la chambre selon laquelle « le salarié, bénéficiaire à la fois de la protection accordée aux représentants du personnel et aux victimes d'accident du travail ou d'une maladie professionnelle a droit à la réparation du préjudice résultant de l'inobservation par l'employeur des règles protectrices qui lui sont applicables à ce double titre », ne saurait entraîner un cumul d'indemnité ayant le même objet (Soc., 19 septembre 2007, *Bull.* 2007, V, n° 130, pourvois n° 06-41.227 et 06-41.238 ; voir également Soc., 7 juin 1995, *Bull.* 1995, V, n° 185, pourvoi n° 91-45.005).

2) La seconde espèce concerne un salarié mis à la retraite avec respect d'un préavis en application des dispositions de l'article L. 1237-6 du code du travail. La durée de six mois de ce préavis est fixée par la convention collective en vigueur dans l'entreprise.

La cour d'appel a jugé que cette mise à la retraite devait produire les effets d'un licenciement nul en raison de l'existence du harcèlement moral subi par le salarié. Tirant les conséquences de cette nullité, cette juridiction a considéré que le salarié pouvait bénéficier de l'indemnité compensatrice de préavis normalement due en cas de licenciement frappé de nullité.

La chambre casse l'arrêt et affirme, pour la première fois, que si, en cas de nullité du licenciement, le salarié a droit, en principe, au paiement d'une indemnité compensatrice de préavis, la requalification de la mise à la retraite en licenciement nul n'ouvre toutefois pas droit au paiement d'une telle indemnité lorsque la rupture du contrat a été précédée d'un délai de préavis d'une durée au moins égale à celle du préavis de licenciement.

Cette solution s'opposant au cumul d'indemnités est justifiée par l'absence de préjudice subi par le salarié dès lors qu'il a déjà bénéficié d'un préavis dans le cadre de la mise à la retraite initiale, en l'espèce d'une même durée que le préavis de licenciement.

## H – Actions en justice

### *Place de la HALDE dans les procès civils*

Action en justice – Qualité – Défaut de qualité – Cas – Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité présentant des observations – Portée

*Soc., 2 juin 2010, Bull. 2010, V, n° 124, pourvoi n° 08-40.628*

Selon l'article 13 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), modifiée par la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006, cette autorité administrative indépendante peut, lorsque des juridictions civiles, pénales ou administratives sont saisies de faits relatifs à des discriminations, soit être invitée par celles-ci, d'office ou à la demande des parties, à présenter des observations, soit demander à être entendue, son audition étant de droit en ce cas.

Ce texte ne précise pas en quelle qualité la HALDE participe au procès. Le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la HALDE ne le fait pas davantage. Cette incertitude a conduit les juridictions du fond à adopter des solutions divergentes. Certaines ont qualifié la HALDE soit d'intervenant volontaire, soit d'*amicus curiae* tandis que d'autres se sont bornées à viser ses observations sans prendre position sur son statut procédural. Il va sans dire que la reconnaissance de la qualité de partie à cette autorité n'est pas sans conséquences puisque cela lui permettrait d'exercer les droits qui y sont attachés, spécialement ceux de formuler des prétentions et d'invoquer des moyens sur lesquels le juge sera tenu de s'expliquer, de produire à l'appui de ceux-ci des éléments de preuve qu'il appartiendra à ce dernier d'examiner et d'exercer des voies de recours.

La Cour de cassation n'avait pas eu jusqu'alors l'occasion de trancher la question. Cet arrêt le fait, qui décide qu'en donnant à la HALDE le droit de présenter des observations par elle-même ou par un représentant dont rien n'interdit qu'il soit un avocat, la loi ne lui a pas conféré la qualité de partie. Il apparaît ainsi que l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004 a attribué à la HALDE un droit *sui generis* de présenter des observations qui en fait une figure atypique du procès.

L'enseignement de cet arrêt ne se limite pas à cela. On sait que la HALDE est dotée pour l'accomplissement de sa mission de pouvoirs étendus. En effet, selon l'article 5 de la loi du 30 décembre 2004, elle peut demander des explications sur les faits portés à sa connaissance à toute personne de droit privé mise en cause, demander la communication d'informations et de documents, entendre toute personne dont le concours lui paraît utile et, suivant l'article 6, elle peut demander à entendre les agents des autorités publiques et des organismes chargés d'un service public qui sont tenus de déférer à cette demande ou à avoir communication de toutes pièces ou informations utiles à l'exercice de sa mission qui sont

détenues par les autorités publiques. L'article 9 prévoit que lorsque les demandes formulées en vertu des articles 5 et 6 ne sont pas suivies d'effet après une mise en demeure, elle peut saisir le juge des référés d'une demande aux fins d'ordonner toute mesure d'instruction qu'il juge utile. Et l'article 8 dispose qu'elle peut procéder à des vérifications sur place dans les locaux administratifs ou dans les lieux, locaux et moyens de transport accessibles au public soit avec l'accord des personnes intéressées soit, en cas d'opposition du responsable des lieux, avec l'autorisation du juge des référés et éventuellement, s'il en décide ainsi, sous son autorité et son contrôle.

Dès lors qu'il entre dans la mission, selon l'article 7, d'assister la victime de la discrimination dans la constitution de son dossier, des juges du fond en ont déduit que la présence de la HALDE au procès après qu'elle eut instruit sur les faits dénoncés par celle-ci était contraire aux exigences d'un procès équitable et de l'égalité des armes. Cette thèse était reprise en l'espèce par le pourvoi de l'employeur. Elle n'a pas été retenue. L'arrêt décide au contraire que les dispositions de l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004, qui prévoient que la HALDE a la faculté de présenter des observations portées à la connaissance des parties, ne méconnaissent pas en elles-mêmes les exigences du procès équitable et de l'égalité des armes dès lors que les parties sont en mesure de répliquer par écrit et oralement à ces observations et que le juge apprécie la valeur probante des pièces qui lui sont fournies et ont été soumises au débat contradictoire. Cette solution est à rapprocher de celle adoptée par des arrêts rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation lorsque le Conseil de la concurrence formulait des observations en application de l'article 9, alinéa 1, du décret n° 87-849 du 19 octobre 1987 relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence (Com., 29 juin 2007, *Bull.* 2007, IV, n° 181, pourvois n° 07-10.303, 07-10.397 et 07-10.354; Com., 13 juillet 2004, *Bull.* 2004, IV, n° 163, pourvois n° 03-11.430, 03-11.431, 03-11.433, 03-11.492, 03-11.512, 03-11.513, 03-11.516, 03-11.517, 03-11.618 et 03-12.280).

### ***Effet d'un revirement jurisprudentiel***

#### **Élections professionnelles – Procédure – Décision du tribunal d'instance – Contentieux préélectoral – Voies de recours – Détermination**

*Soc., 26 mai 2010, Bull. 2010, V, n° 114, pourvoi n° 09-60.400*

Par un arrêt du 23 septembre 2009 (*Bull.* 2009, V, n° 195, pourvoi n° 08-60.535), la chambre sociale, pour tenir compte des nouveaux contentieux qui devaient naître après la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, décidait de revenir sur une jurisprudence qui, depuis 2002, déclarait irrecevables les pourvois formés sur les jugements des tribunaux d'instance statuant en matière préélectorale.

Ce revirement, affirmé comme tel par la Cour de cassation, risquait de poser une difficulté procédurale pour la période de temps intermédiaire où les tribunaux d'instance, conformément à l'ancienne jurisprudence, se seraient prononcés successivement en matière préélectorale puis électorale, sans que les parties aient pu contester la première de ces deux décisions. Jusqu'en 2009, ces parties pouvaient contester la première décision à l'occasion du pourvoi sur la seconde. Avec la mise en œuvre de la nouvelle jurisprudence, une telle

contestation n'est plus possible sur le jugement préélectoral s'il n'a pas été fait expressément pourvoi sur cette décision dans les délais. Pendant la période intermédiaire, les justiciables risquaient donc de se trouver privés de toute voie de recours contre le jugement préélectoral.

C'est pour éviter de priver un justiciable, par l'effet d'un revirement de jurisprudence, de son droit au recours judiciaire que la chambre sociale, au visa de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, aménage en l'espèce les effets dans le temps du revirement en matière de pourvoi préélectoral et électoral. Cet aménagement dans le temps pour garantir au justiciable son droit d'accès à la justice avait déjà été mis en œuvre par d'autres chambres de la Cour de cassation (voir, par exemple, 2<sup>e</sup> Civ., 8 juillet 2004, *Bull.* 2004, II, n° 387, pourvoi n° 01-10.426).

### **Application d'une loi rétroactive, espérance légitime**

Convention européenne des droits de l'homme – Premier Protocole additionnel – Article 1<sup>er</sup> – Protection de la propriété – Droit au respect de ses biens – Biens – Définition – Espérance légitime de paiement de rappels de salaires – Détermination – Portée

*Soc.*, 24 novembre 2010, *Bull.* 2010, V, n° 268, pourvois n° 08-44.181, 08-44.182 et 08-44.184 à 08-44.186

Alors que dans un arrêt du 4 juin 2002 (*Bull.* 2002, V, n° 194, pourvois n° 01-40.324 à 01-40.337), la Cour de cassation avait jugé que, en l'état d'un accord collectif fixant la durée du travail à trente-cinq heures et prévoyant le versement d'une indemnité de réduction du temps de travail pour maintenir le salaire à son niveau antérieur, les salariés qui, nonobstant cet accord avaient continué à travailler trente-neuf heures par semaine, avaient droit à cette indemnité et au paiement des heures accomplies au-delà des trente-cinq heures majorées de la bonification alors applicable, le législateur a modifié la situation avec l'article 8 de la loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003, aux termes duquel : « dans les établissements mentionnés à l'article L. 314-6 du code de l'action sociale et des familles dont les accords collectifs de réduction du temps de travail ou les décisions unilatérales prises en application de conventions collectives nationales ou d'accords collectifs nationaux sont soumis à la procédure d'agrément ministériel, le complément différentiel de salaire prévu par un accord collectif en vue d'assurer aux salariés la garantie du maintien de leur rémunération mensuelle en vigueur à la date de la réduction collective du temps de travail à trente-cinq heures ou en deçà, n'est dû qu'à compter de la date d'entrée en vigueur des accords d'entreprise ou d'établissement ou des décisions unilatérales relatifs à la réduction collective du temps de travail. Cette entrée en vigueur est subordonnée à l'agrément ministériel prévu au même article. Ces dispositions s'appliquent sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée. Elles ne s'appliquent pas aux instances en cours à la date du 18 septembre 2002 ».

Le pourvoi posait notamment la question de la conformité de cette disposition légale aux exigences de l'article 1<sup>er</sup> du premier Protocole additionnel de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui protège le droit de propriété. La Cour européenne des droits de l'homme considère qu'une créance relève de la qualification de « bien » dès lors que le requérant a une « espérance légitime » de la voir concrétiser (CEDH, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, requête

n° 17849/91). Toutefois, « lorsque l'intérêt patrimonial concerné est de l'ordre de la créance, il ne peut être considéré comme une "valeur patrimoniale" que lorsqu'il a une base suffisante en droit interne » (CEDH, 28 septembre 2004, *Kopecký c. Slovaquie*, requête n° 44912/98). En conséquence, « la notion de "biens" peut recouvrir tant des "biens actuels" que des valeurs patrimoniales », y compris, dans certaines situations bien définies, des créances. Pour qu'une créance puisse être considérée comme une valeur patrimoniale tombant sous le coup de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel, il faut que le titulaire de la créance démontre que celle-ci a une base suffisante en droit interne, par exemple qu'elle est confirmée « par une jurisprudence bien établie des tribunaux ». Dès lors que cela est acquis, peut entrer en jeu la notion d'espérance légitime (CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c. France*, requête n° 1513/03 ; Ch. Radé, « La loi du 4 mars 2002 à l'épreuve de la Cour européenne des droits de l'homme », *in Resp. civile et assurances* 2005, comm. 327). C'est ainsi qu'ont été considérés comme des biens relevant de la protection de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel : un droit de créance en réparation (CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c. France*, précité ; CEDH, 6 octobre 2005, *Maurice c. France*, requête n° 11810/03 ; 1<sup>re</sup> Civ., 24 janvier 2006, *Bull.* 2006, I, n° 31, pourvoi n° 02-13.775 ; 1<sup>re</sup> Civ., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-17.325) ; un droit de créance de nature salariale (CEDH, 9 janvier 2007, *Aubert et autres c. France*, requête n° 31501/03) ; un droit de créance résultant d'une possibilité de déchéance du droit aux intérêts pouvant être prononcé par un juge en raison de l'irrégularité affectant une offre de crédit immobilier (CEDH, 14 février 2006, *Lecarpentier et autres c. France*, requête n° 67847/01) ; l'espérance légitime de remboursement d'une somme litigieuse après un redressement fiscal irrégulier (CEDH, 23 juillet 2009, *Joubert c. France*, requête n° 30345/05 ; *Procédures* 2009, comm. 315, obs. N. Fricero).

La cour d'appel avait rejeté la qualification d'espérance légitime pour les créances salariales invoquées par les salariés au motif que la date d'introduction de l'action en paiement était postérieure à l'entrée en vigueur de l'article 8 de la loi du 17 janvier 2003, pour retenir que le non-paiement de ces créances était devenu licite en l'absence de rétroactivité de la loi. S'écartant de la solution retenue dans un arrêt du 5 juin 2008 (*Bull.* 2008, V, n° 124, pourvois n° 06-46.295 et 06-46.297) et rejoignant une solution retenue par la première chambre civile (1<sup>re</sup> Civ., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-17.325), la chambre sociale s'est placée à la date de la loi critiquée pour vérifier si, à cette date-là, les salariés pouvaient ou non prétendre à l'existence d'une espérance légitime à laquelle il aurait ainsi été portée atteinte. Les créances de salaire invoquées par les salariés étaient nées avant la loi du 17 janvier 2003, la censure était donc encourue.

Mais l'existence d'une espérance légitime à laquelle le législateur aurait porté atteinte ne suffit pas pour retenir la contrariété de la loi aux exigences de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel. En effet, celle-ci pourrait être justifiée par des impératifs d'utilité publique. Même si une grande latitude est laissée aux autorités nationales pour déterminer ceux-ci, la Cour européenne vérifie toutefois la réalité des motifs d'utilité publique invoqués et considère qu'en principe un motif financier ne permet pas à lui seul de justifier une telle intervention législative (CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c. France*, requête n° 24846/94 ; CEDH, 14 février 2006, *Lecarpentier et autres c. France*, précité), ce seul intérêt financier ne permettant pas de justifier l'intervention rétroactive d'une loi de validation (cf. N. Fricero, observations sous CEDH, 23 juillet 2009, *Joubert c. France*, précité,

*in Procédures* 2009, comm. 315). Le présent arrêt indique donc à la cour de renvoi qu'il lui appartient de vérifier si l'application rétroactive de la loi respectait un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens.

***Prononcé de la nullité d'un scrutin électoral***

Élections professionnelles – Comité d'entreprise et délégué du personnel – Opérations électorales – Modalités d'organisation et de déroulement – Régularité – Défaut – Effets – Nullité du scrutin – Condition – Détermination  
*Soc.*, 13 janvier 2010, *Bull.* 2010, V, n° 7, pourvoi n° 09-60.203

À moins qu'elles soient directement contraires aux principes généraux du droit électoral, les irrégularités commises dans l'organisation et le déroulement du scrutin ne peuvent constituer une cause d'annulation que si elles ont exercé une influence sur le résultat des élections ou, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, si, s'agissant du premier tour, elles ont été déterminantes de la qualité représentative des organisations syndicales dans l'entreprise ou du droit pour un candidat d'être désigné délégué syndical.

Voir le commentaire de cet arrêt *supra*, rubrique représentation du personnel et élections professionnelles (F), élections professionnelles (1), p. 333.

***Preuve des heures supplémentaires***

Contrat de travail, exécution – Salaire – Heures complémentaires – Accomplissement – Preuve – Charge – Portée  
*Soc.*, 24 novembre 2010, *Bull.* 2010, V, n° 266, pourvoi n° 09-40.928

En cas de litige relatif à l'existence ou au nombre d'heures de travail accomplies, il appartient au salarié d'étayer sa demande par la production de tous éléments suffisamment précis quant aux horaires effectivement réalisés pour permettre à l'employeur de répondre en fournissant ses propres éléments.

Dès lors doit être cassé l'arrêt qui, pour rejeter une demande en paiement d'heures complémentaires, retient que la salariée ne produit pas d'éléments de nature à étayer sa demande lorsqu'elle verse aux débats un décompte établi au crayon, calculé mois par mois, sans autre explication ni indication complémentaire, alors que ce document permettait à l'employeur d'y répondre.

Voir le commentaire de cet arrêt *supra*, rubrique durée du travail et rémunérations (B), durée du travail, repos et congés (1), p. 317.

***Le droit coutumier ne s'applique pas au contrat de travail***

Outre-mer – Nouvelle-Calédonie – Statut civil coutumier – Domaine d'application – Étendue – Exclusion – Rapports professionnels résultant d'un travail accompli dans un lien de subordination  
*Soc.*, 10 février 2010, *Bull.* 2010, V, n° 37, pourvoi n° 08-70.084

Indépendamment des éventuels statuts personnels des salariés et des employeurs prévus par la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, ne sont pas soumis au droit coutumier attaché à la personne les rapports professionnels résultant d'un travail accompli dans un lien de subordination, régis par des règles dérogatoires au droit commun des contrats ainsi que par des règles organisant les rapports collectifs au sein des entreprises et des branches auxquelles elles appartiennent.

Doit dès lors être rejeté le pourvoi qui reproche à une cour d'appel de juger que ne relève pas de la juridiction coutumière mais de la seule compétence du tribunal du travail le litige survenu en matière de relations de travail entre des personnes parties à un contrat de travail et de le régler par application des textes prévus par la législation du travail.

Voir le commentaire de cet arrêt *supra*, rubrique contrat de travail, organisation et exécution du travail (A), droits et obligations des parties au contrat de travail (2), p. 306.

### **Unicité de l'instance**

#### **Prud'hommes – Procédure – Instance – Unicité de l'instance – Définition – Portée**

*Soc., 16 novembre 2010, Bull. 2010, V, n° 260, pourvoi n° 09-70.404*

L'arrêt commenté marque une évolution importante de la chambre sociale dans l'application de la règle de l'unicité de l'instance instituée par l'article R. 1452-6 du code du travail, qui dispose que toutes les demandes liées au contrat de travail entre les mêmes parties font, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, l'objet d'une même instance.

Le principe a été introduit dans notre droit par la loi du 27 mars 2007 concernant les conseils de prud'hommes et avait pour but de faire échec à toute fraude aux taux d'appel de la part du salarié (P. Lyon-Caen, « Le principe d'unicité d'instance doit-il être maintenu ? », *in Dr. soc.* 2004, p. 100), d'éviter la multiplication des instances, d'empêcher le risque de contrariété de décisions rendues par des juges différents et enfin de limiter l'encombrement des juridictions prud'homales.

Jusqu'à maintenant, l'application par la chambre sociale de ce principe a été rigoureuse, puisqu'elle n'a fait aucune distinction selon que l'instance initiale s'était achevée ou non par un jugement statuant sur le fond du litige : ainsi, le dessaisissement du juge après lequel les nouvelles demandes ne sont plus recevables peut résulter de la conciliation, d'une décision d'irrecevabilité (*Soc.*, 21 novembre 1974, *Bull.* 1974, V, n° 563, pourvoi n° 73-40.582). Il a été aussi jugé que, lorsque la première instance s'était éteinte par l'effet du désistement du demandeur, fût-ce en raison de l'incompétence territoriale de la juridiction ainsi saisie puis dessaisie, l'article R. 516-2 alors en vigueur du code du travail faisait obstacle à la recevabilité d'une demande identique devant une autre juridiction prud'homale après que le premier conseil de prud'hommes soit dessaisi (*Soc.*, 9 mars 2005, pourvoi n° 03-43.667 et 7 juillet 2004, pourvoi n° 02-42.387), qu'une instance initiale éteinte par l'effet de la caducité faisait obstacle à la saisine du conseil de prud'hommes d'une demande nouvelle (*Soc.*, 24 mai 2000, pourvoi n° 97-45.649), que lorsque les salariés avaient précédemment introduit une instance s'étant achevée par un jugement d'annulation pour défaut du préliminaire



de conciliation (Soc., 9 juillet 2002, pourvoi n° 00-42.797), la règle de l'unicité de l'instance pouvait être opposée au salarié.

Cette position a fait l'objet de critiques répétées (rappelées par M.-L. Divialle, « Sur l'étendue pratique du principe de l'unicité de l'instance », *in Dr. soc.* 2005, p. 288 ; cf. également P. Lyon-Caen, *op. cit.*). Ainsi, M. Soupiot (*Traité de droit du travail – Tome 9, les juridictions du travail*, Dalloz, 1987, p. 624) rappelle-t-il que la Cour de cassation refuse toute distinction entre les dispositions par lesquelles il peut avoir été statué sur la première des instances et observe-t-il que cela la conduit « à assimiler extinction de l'instance et extinction de l'action » et à « une interprétation téléologique du principe de l'unicité de l'instance qui vise seulement à ce qu'il soit statué sur le fond des prétentions des parties dans le cadre d'une seule instance », pour conclure qu'il s'agit « d'une règle dérogatoire au droit commun, qui appellerait plutôt une interprétation restrictive ».

Ces critiques ont été développées par M. l'avocat général P. Lyon-Caen qui avait exprimé le souhait que la chambre sociale décide que, pour recevoir application, l'article R. 561-1 du code du travail (devenu l'article L. 1452-6 du code du travail) suppose que le premier juge ait statué sur le fond des prétentions des parties. Mais elle a refusé de le suivre et par arrêt du 12 novembre 2003 (*Bull.* 2003, V, n° 279, pourvoi n° 01-41.901) a réaffirmé que « la nouvelle demande, dérivant du même contrat de travail et tendant aux mêmes fins, se heurtait à la règle de l'unicité de l'instance alors même que le jugement intervenu n'avait pas statué sur le fond mais annulé la procédure en raison de l'absence d'une mise en cause obligatoire ».

Depuis, la chambre sociale s'est trouvée fréquemment confrontée aux effets draconiens de cette règle qui, lorsque la juridiction prud'homale initialement saisie n'a pas statué au fond, prive irrémédiablement une partie du droit d'obtenir la reconnaissance de ses droits en justice, et elle a tenté de l'écartier chaque fois qu'elle le pouvait (cf. notamment, Soc., 30 juin 2010, pourvoi n° 09-41.604 et Soc., 1<sup>er</sup> mars 2005, *Bull.* 2005, V, n° 76, pourvoi n° 02-43.275).

Estimant que cette règle dérogatoire au droit commun ne devait recevoir application que lorsqu'une décision au fond a été rendue, seule hypothèse dans laquelle les inconvénients que ce principe vise à éviter existent, la chambre sociale a donc décidé de modifier la jurisprudence réaffirmé par l'arrêt du 13 novembre 2003 qui pouvait aboutir à un véritable déni de justice et à limiter le champ d'application de ce principe.

### **III – DROIT IMMOBILIER, ENVIRONNEMENT ET URBANISME**

#### **A – Expropriation pour cause d'utilité publique**

**Expropriation pour cause d'utilité publique – Indemnité – Fixation – Voies de recours – Appel – Mémoires et conclusions – Dépôt – Modalités – Renvoi après cassation – Procédure applicable – Détermination**

*3<sup>e</sup> Civ., 10 février 2010, Bull. 2010, III, n° 39, pourvoi n° 08-22.116*

L'article R. 13-49 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, dans sa rédaction issue du décret n° 2005-467 du 13 mai 2005, dispose, notamment :

« L'appelant doit, à peine de déchéance, déposer ou adresser son mémoire et les documents qu'il entend produire au greffe de la chambre dans un délai de deux mois à dater de l'appel.

À peine d'irrecevabilité, l'intimé doit déposer ou adresser son mémoire en réponse et les documents qu'il entend produire au greffe de la chambre dans le mois de la notification du mémoire de l'appelant.

Le commissaire du gouvernement doit dans les mêmes conditions et à peine d'irrecevabilité déposer ses conclusions et l'ensemble des pièces sur lesquelles il fonde son évaluation dans les mêmes délais. »

La Cour de cassation était saisie de la question de savoir si ce texte pouvait être appliqué à la procédure de renvoi après cassation, le demandeur au pourvoi soutenant que les écritures déposées devant la cour de renvoi par l'autorité expropriante intimée et le commissaire du gouvernement l'avaient été plus d'un mois après la date d'entrée en vigueur du décret du 13 mai 2005.

La troisième chambre civile retient que l'article R. 13-49, qui fixe le délai de dépôt du mémoire de l'appelant et fait courir les délais pour déposer le mémoire d'intimé et les conclusions du commissaire du gouvernement à compter de la notification du mémoire de l'appelant, n'est pas applicable à la procédure sur renvoi après cassation, la cour de renvoi n'étant pas saisie par un « mémoire de l'appelant ».

En l'absence de procédure de mise en état devant la chambre de l'expropriation, il appartient au président de cette chambre de veiller à la célérité de la procédure.

#### **B – Vente**

**Vente – Promesse de vente – Immeuble – Acquéreur – Faculté de rétractation – Conditions d'information – Notification de l'acte – Mentions obligatoires – Étendue**

*3<sup>e</sup> Civ., 17 novembre 2010, Bull. 2010, III, n° 206, pourvoi n° 09-17.297*

L'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation qui institue un délai de rétractation de sept jours au profit de l'acquéreur non professionnel a été modifié à plusieurs

reprises depuis sa promulgation, les deux dernières interventions du législateur résultant de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000, en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> juin 2001, et de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006. Ces modifications ont concerné essentiellement les modalités de la notification, le point de départ et les modalités d'exercice de la faculté de rétractation.

Toutes les versions successives ont toujours évoqué la « notification » de l'acte et le droit de rétractation reconnu à l'acquéreur sans précision particulière concernant le contenu et la présentation de la notification.

La troisième chambre civile a été saisie d'un litige dans lequel la cour d'appel avait retenu que les conditions d'information posées par l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation (dans sa rédaction issue de la loi du 13 décembre 2000, non modifiée sur ce point par la loi du 13 juillet 2006) n'avaient pas été respectées, dès lors que si l'acte sous seing privé précisait, en dernière page, que la loi, dont le texte était reproduit en substance, en caractères normaux, instaurait au profit de l'acquéreur non professionnel un délai de rétractation de sept jours, la lettre recommandée notifiant cet acte ne faisait aucune référence à cette faculté de rétractation.

Cette décision est censurée au motif que « la cour d'appel [...] a ajouté à l'exigence légale de notification de l'acte une condition qu'elle ne comporte pas » en violation de l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation.

S'il apparaît souhaitable que des précisions relatives au contenu de la notification soient édictées, seule une intervention réglementaire peut répondre à ce vœu.

## IV – ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES, COMMERCIALES ET FINANCIÈRES

### A – Entreprises en difficulté

Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985) – Redressement judiciaire – Période d’observation – Créanciers – Déclaration des créances – Qualité – Caisse de mutualité sociale agricole – Pouvoir spécial – Nécessité (non)  
*Ass. plén., 26 mars 2010, Bull. 2010, Ass. plén., n° 2, pourvoi n° 09-12.843*

Une caisse de mutualité sociale agricole (MSA) investie, par une convention conclue en application de l’article L. 723-7 II, alinéa 2, du code rural et de la pêche maritime d’un mandat de recouvrement des sommes dues à un organisme tiers doit-elle justifier d’un mandat spécial pour déclarer à la procédure collective d’un débiteur les créances de cet organisme ?

La chambre commerciale avait répondu par la négative à cette question par un arrêt du 21 février 2006 (Com., 21 février 2006, *Bull.* 2006, IV, n° 45, pourvoi n° 04-20.211). La rébellion de la cour de renvoi a entraîné la saisine de l’assemblée plénière qui a réaffirmé la solution adoptée par la chambre commerciale.

Le pouvoir de déclarer les créances appartient, selon l’article L. 621-43, devenu L. 622-24, du code de commerce au créancier, à son préposé ou à tout mandataire de son choix. Ancienne et constante (Com., 15 octobre 1991, *Bull.* 1991, IV, n° 297, pourvoi n° 90-11.657; Com., 14 décembre 1993, *Bull.* 1993, IV, n° 471 [deux arrêts], pourvois n° 93-12.544 et 93-10.696 et n° 93-11.690; Com., 14 février 1995, *Bull.* 1995, IV, n° 43 [quatre arrêts], pourvois n° 93-12.408 et 93-12.299, n° 93-12.064 et 93-12.393, n° 93-12.346 et 93-12.395 et n° 93-12.398), l’analyse de la déclaration de créance comme « équivalent » à une demande en justice a pour conséquence l’application des dispositions de l’article 853, alinéa 3, du code civil dont il résulte que le déclarant, s’il n’est avocat, doit justifier d’un pouvoir spécial, c’est-à-dire d’un mandat écrit consenti pour une procédure collective déterminée. Ce texte est appliqué avec rigueur : ainsi a-t-il été jugé qu’un avoué (Com., 28 juin 2005, *Bull.* 2005, IV, n° 143, pourvoi n° 04-14.651; Com., 29 novembre 2005, *Bull.* 2005, IV, n° 235, pourvoi n° 04-16.362), un huissier de justice (Com., 5 juillet 2005, *Bull.* 2005, IV, n° 153, pourvoi n° 04-11.132), la secrétaire d’un avocat agissant « pour ordre » (Com., 17 février 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 25, pourvoi n° 08-13.728), le chef de file d’un *pool* bancaire (Ass. plén., 26 janvier 2001, *Bull.* 2001, Ass. plén., n° 1, pourvoi n° 99-15.153) sont tenus de justifier d’un mandat spécial pour procéder utilement à une déclaration de créance.

L’exigence d’un mandat spécial n’est écartée qu’au bénéfice des titulaires d’un « mandat légal » ou plus exactement d’une habilitation légale. Par exemple le comptable d’une commune qui a, seul, selon l’article L. 2343-1 du code général des collectivités territoriales, la charge de « poursuivre la rentrée de tous les revenus de la commune et de toutes les sommes qui lui sont dues », a le pouvoir de déclarer les créances de la commune (Com., 12 juin 2001, *Bull.* 2001, IV, n° 116, pourvoi n° 98-17.961; Com., 29 avril 2003, *Bull.* 2003, IV, n° 66, pourvoi n° 00-14.142; Com., 23 octobre 2007, *Bull.* 2007, IV, n° 221, pourvoi n° 06-19.069).

C'est à cette exception que se rattache la solution, empreinte de réalisme et soucieuse de simplicité, adoptée par l'arrêt rapporté et largement approuvée par la doctrine commentant l'arrêt du 21 février 2006. Certes, les caisses de mutualité sociale agricole ne sont pas directement investies par la loi d'un mandat de recouvrement. Mais l'article L. 723-7 II, alinéa 2, du code rural et de la pêche maritime leur confère le pouvoir de conclure des conventions « notamment » de recouvrement de créances.

Un parallèle peut être fait avec le dispositif prévu pour les URSSAF qui, outre le mandat légal qu'elles tiennent de l'article L. 213-1 du code de la sécurité sociale, peuvent également, aux termes de l'article L. 5427-1 du code du travail, se voir confier par convention le recouvrement des contributions au financement de l'assurance chômage.

Dans un cas comme dans l'autre, le mandat procède de la loi, qui l'autorise et en fixe l'objet. Sous la condition qu'une convention, conforme aux dispositions de l'article L. 723-7 précité, ait mandaté la caisse de MSA pour le recouvrement des créances d'un organisme tiers, celle-ci peut déclarer les créances sans mandat spécial.

**Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Liquidation judiciaire – Ouverture – Qualité du débiteur – Personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante – Cas – Exclusion – Avocat ayant cessé d'exercer son activité à titre individuel pour devenir associé d'une société d'exercice libéral**

*Com., 9 février 2010, Bull. 2010, IV, n° 35, pourvoi n° 08-15.191*

*Com., 9 février 2010, Bull. 2010, IV, n° 36, pourvoi n° 08-17.144*

**Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Redressement judiciaire – Ouverture – Qualité du débiteur – Personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante – Cas – Exclusion – Avocat ayant cessé d'exercer son activité à titre individuel pour devenir associé d'une société civile professionnelle**

*Com., 9 février 2010, Bull. 2010, IV, n° 38, pourvoi n° 08-17.670*

La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises a étendu le champ des procédures qu'elle prévoit à « toute [...] personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé » (articles L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2 du code de commerce). L'avocat, personne physique, exerçant sa profession individuellement, répond incontestablement à cette définition.

Les trois arrêts rapportés concernent des avocats qui, ayant exercé à titre individuel, sont ensuite devenus associés de sociétés d'exercice libéral pour deux d'entre eux, d'une société civile professionnelle pour le troisième.

La question posée à la chambre commerciale par les trois pourvois était celle de savoir si l'avocat est une « personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante », lorsqu'il est associé d'une société d'exercice libéral (SEL) ou d'une société civile professionnelle (SCP), et elle se dédoublait puisqu'il s'agissait de déterminer, d'une part si l'avocat, devenu associé, pouvait relever d'une procédure collective personnelle à tout moment

en dépit de sa qualité d'associé, d'autre part s'il pouvait en relever en considération de la cessation de son activité individuelle et dans quelles conditions.

La Cour de cassation affirme sans ambiguïté que l'avocat, membre d'une société d'exercice libéral ou d'une société civile professionnelle, exerce ses fonctions au nom de la société et qu'il cesse dès lors d'exercer une activité professionnelle indépendante au sens des articles L. 620-2, L. 631-2 et L. 640-2 du code de commerce.

Le premier arrêt (pourvoi n° 08-15.191) valide l'affirmation de la cour d'appel selon laquelle l'avocat membre de l'une de ces sociétés n'exploite plus pour son propre compte une entreprise libérale. Le deuxième arrêt (pourvoi n° 08-17.144) casse la décision de la cour d'appel en visant notamment, outre les textes relatifs au champ d'application subjectif de la liquidation judiciaire, les articles 20 à 22 du décret n° 93-492 du 25 mars 1993 pris pour l'application à la profession d'avocat de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative aux SEL qui prévoient que l'avocat exerçant au sein d'une SEL ne peut exercer ni à titre individuel, ni en qualité de membre d'une autre société, ni en qualité d'avocat salarié, qu'il exerce ses fonctions au nom de la société et qu'il doit lui consacrer toute son activité professionnelle. Le troisième arrêt (pourvoi n° 08-17.670), de cassation également, est rendu au visa des textes relatifs aux conditions d'éligibilité au redressement judiciaire et des articles 43 à 45 du décret n° 92-680 du 20 juillet 1992 relatif aux SCP d'avocats qui comportent des dispositions similaires à celles précitées concernant les SEL.

La chambre commerciale ne méconnaît pas l'indépendance intellectuelle et morale, ni les conditions déontologiques particulières, qui caractérisent la profession d'avocat, quel que soit son mode d'exercice, même salarié, mais elle s'attache, s'agissant de l'ouverture d'une procédure collective, à considérer l'activité indépendante, dans son acception économique et juridique, c'est-à-dire l'entreprise ou le fonds libéral auxquels sont attachés la clientèle, les salariés, les actifs et la majeure partie du passif. Or, en présence de SEL ou de SCP d'avocats, ces éléments relèvent exclusivement de la personne morale. L'avocat associé n'exploite pas, en son nom propre, une entreprise à sauvegarder, redresser, céder ou liquider.

C'est pourquoi les trois arrêts rendus se situent dans la logique de l'autonomie du droit des procédures collectives qui avait déterminé la chambre commerciale pour le gérant majoritaire de SARL, considéré comme agissant au nom de la société qu'il représente et donc comme n'exerçant pas une activité professionnelle indépendante au sens de l'article L. 631-2 du code de commerce, bien que regardé comme un travailleur indépendant, débiteur personnel de ses cotisations, par la législation sociale (Com., 12 novembre 2008, *Bull.* 2008, IV, n° 191, pourvoi n° 07-16.998).

Enfin, prenant en compte l'existence, dans les trois espèces rapportées, d'une période d'activité en cabinet individuel ayant généré un passif (essentiellement de taxe sur la valeur ajoutée perçue des clients et non reversée au fisc) et constatant que cette activité individuelle a cessé lorsque les avocats sont devenus membres d'une société d'exercice professionnel qui, sauf convention contraire, ne peut être débitrice de ce passif antérieur, la Cour de cassation juge, conformément aux prévisions des articles L. 631-3, alinéa 1<sup>er</sup>, et L. 631-5, alinéa 2, du code de commerce s'agissant du redressement judiciaire et L. 640-3, alinéa 1<sup>er</sup>, et L. 640-5, alinéa 2, du même code s'agissant de la liquidation judiciaire, que tout ou partie

du passif personnel de ces avocats provenant de leur activité professionnelle individuelle antérieure, une procédure collective peut être ouverte à leur égard après la cessation de cette activité, sous la réserve, s'agissant d'une procédure introduite par un créancier, que l'assignation qu'il fait délivrer intervienne dans le délai d'un an à compter de la cessation de l'activité individuelle.

Or, dans chacune des trois espèces, l'assignation délivrée à la requête du comptable des impôts était intervenue plus d'un an après l'immatriculation au registre du commerce des sociétés dont les trois avocats concernés sont devenus associés et il était constant que cette immatriculation avait coïncidé avec la fin de l'activité individuelle de chacun des professionnels libéraux. La demande de l'administration fiscale était donc, dans les trois cas, irrecevable.

**Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005) – Sauvegarde – Période d'observation – Poursuite de l'activité – Continuation des contrats en cours – Régime des baux des locaux professionnels – Mise en demeure par le bailleur d'opter – Effet**

*Com., 2 mars 2010, Bull. 2010, IV, n° 44, pourvoi n° 09-10.410*

Par son arrêt du 2 mars 2010, la chambre commerciale a statué sur une difficulté d'interprétation des articles L. 622-13 et L. 622-14 du code de commerce, relatifs à la continuation des contrats en cours et des baux d'immeubles affectés à l'activité de l'entreprise, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008.

Sous l'empire des dispositions des articles L. 621-28 et L. 621-29 du code de commerce, dans leur rédaction antérieure à la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, le bailleur d'un immeuble affecté à l'activité de l'entreprise avait, à la protection de ses droits, la faculté de mettre en demeure l'administrateur judiciaire, le liquidateur judiciaire ou le débiteur de prendre parti sur la poursuite du bail et la possibilité de se prévaloir de la résiliation de plein droit de ce bail en cas de défaut de réponse à cette mise en demeure dans le délai d'un mois (article L. 621-28, alinéa 1<sup>er</sup>). De même et en vertu de l'article L. 621-29, alinéa 1<sup>er</sup>, le bailleur avait, à la protection de ses droits, la faculté d'agir en résiliation du bail des immeubles affectés à l'activité de l'entreprise pour défaut de paiement des loyers et des charges afférentes à une occupation postérieure au jugement d'ouverture et cette action n'était pas exclusive de celle, appartenant à tout cocontractant du débiteur, de faire constater la résiliation de plein droit d'un contrat en cours dans les conditions prévues par l'article L. 621-28, alinéa 1<sup>er</sup> (Com., 16 mai 2006, pourvoi n° 04-18.578).

Après la réforme de la loi de sauvegarde, la rédaction initiale des articles L. 622-13 et L. 622-14 du code de commerce, antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008, avait suscité une interrogation quant à la question de savoir si le bailleur d'un immeuble affecté à l'activité de l'entreprise avait conservé ou perdu la faculté de mettre en demeure l'administrateur judiciaire, le liquidateur judiciaire ou le débiteur de prendre parti sur la poursuite du bail et s'il conservait la possibilité de se prévaloir de la résiliation de plein droit du bail en cas de défaut de réponse à la mise en demeure dans le délai d'un mois. Certains auteurs et certaines juridictions du fond ont considéré que l'article L. 622-14 régissant la continuation des baux d'immeubles affectés à l'activité de l'entreprise était dérogoratoire à l'article L. 622-13 régissant le régime de droit commun de la continuation des contrats en cours et

ils en déduisaient que le bailleur avait perdu la faculté de mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du bail et la possibilité de se prévaloir de la résiliation de plein droit de ce bail. Cette interprétation des textes conduisait à favoriser l'entreprise en difficulté au détriment des droits du bailleur. Pour d'autres auteurs et juridictions, les deux textes se combinaient et il en était déduit que le bailleur avait au contraire conservé, à la protection de ses droits, la faculté de mise en demeure et de se prévaloir de la résiliation de plein droit du bail.

Dans la mesure où les travaux préparatoires et l'analyse des textes ne permettaient pas de fonder une interprétation consensuelle et correspondant aux finalités de la loi de sauvegarde, une majorité d'auteurs et de praticiens appelait de ses vœux soit une intervention du législateur, soit une interprétation de la Cour de cassation.

L'ordonnance du 18 décembre 2008 a procédé à une nouvelle rédaction des articles L. 622-13 et L. 622-14 du code de commerce dont il résulte clairement que désormais le bailleur d'un immeuble affecté à l'activité de l'entreprise a perdu la faculté de mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du bail et la possibilité de se prévaloir de la résiliation de plein droit de ce bail en cas de défaut de réponse à la mise en demeure.

Cependant, les praticiens se sont trouvés confrontés à la question de savoir si pour les procédures collectives régies par la loi de sauvegarde dans sa version initiale et ouvertes entre le 1<sup>er</sup> janvier 2006 et le 15 février 2009, dates respectives d'entrée en vigueur de la loi et de l'ordonnance, le bailleur avait conservé la faculté de mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du bail et la possibilité de se prévaloir de la résiliation de plein droit de ce bail.

Par son arrêt du 2 mars 2010, la chambre commerciale a décidé que sous l'empire des articles L. 622-13 et L. 622-14 du code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises mais antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008, le bailleur d'un immeuble affecté à l'activité de l'entreprise n'avait pas la faculté de mettre en demeure l'administrateur judiciaire de prendre parti sur la poursuite du bail ni la possibilité de se prévaloir de sa résiliation de plein droit en cas de défaut de réponse à la mise en demeure dans le délai d'un mois.

L'interprétation des articles L. 622-13 et L. 622-14 du code de commerce dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008 et retenue par l'arrêt du 2 mars 2010 est transposable à la sauvegarde et à la liquidation judiciaire de sorte que sous l'empire des dispositions précitées, dans leurs rédactions successives, le bailleur n'a plus la faculté de mettre en demeure ni l'administrateur judiciaire, ni le liquidateur, ni le débiteur dans les procédures sans administrateur.

Par cette interprétation des articles L. 622-13 et L. 622-14 dans leur rédaction issue de la loi de sauvegarde des entreprises mais antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008, la chambre commerciale a, en conséquence, mis en cohérence les deux versions successives des articles L. 622-13 et L. 622-14 du code de commerce dans leur rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005, modifiée.

En ce qui concerne la faculté du bailleur de mettre en demeure de prendre parti sur la continuation des baux d'immeubles affectés à l'activité de l'entreprise, il y a lieu de distinguer désormais :



- le cas des procédures de redressement judiciaire ou liquidation judiciaire régies par les articles L. 621-28 et L. 621-29 du code de commerce dans leur rédaction antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises : le bailleur a la faculté de mettre en demeure de prendre parti sur la poursuite du bail et la possibilité de se prévaloir de la résiliation de plein droit de ce bail en cas de défaut de réponse à la mise en demeure ;
- le cas des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire régies par les articles L. 622-13 et L. 622-14 du code de commerce dans leurs deux rédactions successives, celle issue de la loi de sauvegarde des entreprises et celle issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008 : le bailleur n'a plus la faculté de mettre en demeure de prendre parti sur le bail ni la possibilité de se prévaloir de la résiliation de plein droit du bail en cas de défaut de réponse à la mise en demeure.

Désormais, et pour les procédures collectives régies par la loi de sauvegarde des entreprises dans sa rédaction initiale et dans celle issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008, il n'existe que deux hypothèses de résiliation du bail des immeubles affectés à l'activité de l'entreprise :

- à la demande de l'administrateur ou du liquidateur ou du débiteur ;
- à la demande du bailleur, mais seulement en cas de défaut de paiement des loyers afférents à une occupation postérieure au jugement d'ouverture, le bailleur ne pouvant agir qu'au terme d'un délai de trois mois.

## **B – Droit des sociétés**

**Contrat de travail, rupture – Licenciement – Formalités légales – Lettre de licenciement – Signature – Qualité du signataire – Délégation de pouvoir – Délégation écrite – Nécessité (non)**

*Ch. mixte, 19 novembre 2010, Bull. 2010, Ch. mixte, n° 1, pourvoi n° 10-10.095*

**Société par actions simplifiée – Direction – Pouvoir de représentation à l'égard des tiers – Délégation – Conditions – Délégation spéciale – Cas – Engagement ou licenciement des salariés de l'entreprise – Possibilité**

**Contrat de travail, rupture – Licenciement – Formalités légales – Lettre de licenciement – Signature – Qualité du signataire – Mandataire – Défaut de mandat – Ratification du licenciement – Possibilité – Modalités**

*Ch. mixte, 19 novembre 2010, Bull. 2010, Ch. mixte, n° 2, pourvoi n° 10-30.215*

Les deux arrêts rendus par la chambre mixte de la Cour de cassation le 19 novembre 2010, relatifs à la pratique des délégations de pouvoirs au sein des sociétés par actions simplifiées (SAS), paraissent de nature à mettre un terme à la « cacophonie », pour reprendre le mot d'un auteur, affectant les décisions des cours d'appel quant à l'appréciation de la validité des licenciements prononcés par des préposés de ces sociétés.

En effet, les divergences manifestées sur ce point par les cours d'appel étaient à l'origine d'une évidente incertitude quant à la validité des actes accomplis par les délégataires

au sein des SAS, actes dont les conséquences, qui dépassaient largement le strict cadre du licenciement, affectaient l'ensemble des manifestations de volonté de ces personnes morales, atteignant ainsi leur fonctionnement quotidien, alors même que, par leur nombre (près de 120 000 au 1<sup>er</sup> janvier 2009), les SAS sont devenues en France la première forme de sociétés par actions.

La Cour de cassation a considéré que les dispositions de l'article L. 227-6 du code de commerce n'instaurent pas au sein des SAS, en matière de délégation de pouvoirs, un régime dérogeant à celui des autres personnes morales et notamment des sociétés commerciales. Elle a donc décidé que ce texte, relatif au pouvoir de représentation de la société conféré à ses seuls dirigeants sociaux, n'excluait en rien la faculté pour ceux-ci de déléguer spécialement leur pouvoir à des préposés en vue d'effectuer des actes déterminés, tels que notamment ceux concernant l'engagement ou le licenciement des salariés de l'entreprise.

La Cour de cassation a, par ailleurs, au visa exprès des articles 1984 et 1998 du code civil, étendu aux SAS sa jurisprudence déjà appliquée aux autres personnes morales selon laquelle la délégation de pouvoirs revêt les caractères d'un mandat, ce dont il découle que la validité de celle-ci n'est pas liée à l'exigence d'un écrit, que son existence peut résulter de la qualité ou des fonctions du salarié qui l'exerce et qu'en cas de contestation, la décision de ce dernier peut faire l'objet, de la part de la SAS, d'une ratification, même tacite, dès lors qu'elle n'est pas équivoque.

**Société anonyme – Commissaire aux comptes – Exercice par une société – Acte professionnel accompli en son nom – Responsabilité personnelle – Possibilité**

*Com., 23 mars 2010, Bull. 2010, IV, n° 60, pourvoi n° 09-10.791*

Les fonctions de commissaire aux comptes sont exercées par des personnes physiques ou des sociétés constituées entre elles sous quelque forme que ce soit. Dans le cas, fréquent, où le mandat de commissaire aux comptes est confié à une société, les fonctions de commissaire aux comptes doivent être exercées, au nom de la société, par des commissaires aux comptes personnes physiques associées, actionnaires ou dirigeants de cette société.

Une question, qui divisait les cours d'appel comme la doctrine spécialisée, n'avait pas encore reçu de réponse de la Cour de cassation : la personnalité juridique de la société de commissaires aux comptes, qui a reçu mandat de l'entité contrôlée, fait-elle obstacle à ce que soit recherchée, en l'absence de dispositions législatives le prévoyant expressément, la responsabilité du commissaire aux comptes personne physique qui, au sein de la société, a accompli les actes professionnels inhérents à ce mandat ?

À cette interrogation, l'arrêt du 23 mars 2010 répond, par un attendu de principe, que le commissaire aux comptes agissant en qualité d'associé, d'actionnaire ou de dirigeant d'une société titulaire d'un mandat de commissaire aux comptes répond personnellement des actes professionnels qu'il accomplit au nom de cette société, quelle qu'en soit la forme.

Cette décision fait application des dispositions de l'article 234 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, devenu, après de légères retouches qui n'en altèrent pas la substance, l'article L. 225-41, puis L. 822-17 du code de commerce, selon lequel les commissaires aux

comptes sont responsables, tant à l'égard de l'entité contrôlée que des tiers, des conséquences dommageables des fautes par eux commises dans l'exercice de leurs fonctions.

Il est vrai que ce texte appelait une interprétation, dès lors que le terme « commissaires aux comptes » pouvait être compris comme s'appliquant aux seuls titulaires d'un mandat de commissaire aux comptes ou, plus largement, à tous ceux qui exercent les fonctions de commissaire de comptes. La loi faisant de l'exercice des fonctions de commissaire aux comptes la source de la responsabilité qu'elle prévoit, sans distinguer selon le mode d'exercice de ces fonctions, c'est la seconde branche de l'option qui a été retenue par l'arrêt du 23 mars 2010.

Cette analyse est, au demeurant, confortée par les dispositions de l'article R. 822-98 du code de commerce, qui font obligation aux commissaires aux comptes associés de contracter personnellement une assurance garantissant la responsabilité prévue à l'article L. 822-17 du même code. L'uniformité du régime applicable aux commissaires aux comptes sur le terrain de la responsabilité civile, si elle traduit un certain affaiblissement des effets de la personnalité morale de la société constituée entre des commissaires aux comptes, est, en outre, en cohérence avec la nature libérale de l'activité en cause.

L'exercice en société de la profession de commissaire aux comptes ne saurait, en effet, porter atteinte à l'indépendance du professionnel, qui demeure personnellement soumis à toutes les obligations déontologiques propres à son activité et a la même mission de prévention des difficultés des entreprises et de certification des comptes sociaux que les commissaires exerçant à titre individuel. Il n'est donc pas surprenant que les commissaires aux comptes associés soient pareillement responsables des fautes commises dans l'accomplissement de cette mission.

#### **Société à responsabilité limitée – Gérant – Rémunération – Fixation par l'assemblée – Votants – Gérant associé – Possibilité**

*Com., 4 mai 2010, Bull. 2010, IV, n° 84, pourvoi n° 09-13.205*

Le point de savoir si la décision sur la rémunération du gérant d'une société à responsabilité limitée est une convention soumise à la procédure de contrôle des conventions prévue à l'article L. 223-19, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de commerce et, le cas échéant, si elle relève du régime de la convention portant sur une opération courante conclue à des conditions normales, fixé à l'article L. 223-20 du même code, ou s'il s'agit d'une décision institutionnelle émanant de l'assemblée des associés, revêtant le caractère d'un acte unilatéral collectif, a longtemps paru indécis. L'un des enjeux de la question est la participation ou non du gérant au vote sur la décision à intervenir et la prise en compte ou non de ses parts pour le calcul de la majorité.

La chambre commerciale a tranché en faveur de la seconde solution : tandis que la discussion devant les juges du fond, puis devant elle, s'était déroulée sur le terrain de la convention, réglementée ou courante, et que la cour d'appel, retenant la qualification de convention courante, avait permis au gérant de prendre part au vote sur sa rémunération, l'arrêt rendu le 4 mai 2010, substituant un motif de pur droit, affirme que la détermination de la rémunération du gérant par l'assemblée des associés ne procède pas d'une convention et par voie de conséquence que le gérant peut, s'il est associé, prendre part au vote.

Le même débat a été résolu de longue date par la jurisprudence à propos de la rémunération du dirigeant de la société anonyme : elle est considérée comme une rémunération institutionnelle décidée par le conseil d'administration. N'étant pas une convention, elle ne relève donc pas de la procédure des articles L. 225-38 et suivants du code de commerce. Tel était notamment le sens de la solution retenue par la chambre commerciale dans l'arrêt rendu le 3 mars 1987 (*Bull.* 1987, IV, n° 64, pourvoi n° 84-15.726) à propos d'un complément de retraite alloué à un président de conseil d'administration.

Contemporain de cette dernière décision, un arrêt de la même chambre du 30 mai 1989 (*Bull.* 1989, IV, n° 174, pourvoi n° 87-18.083) avait précisé qu'une rémunération accordée « dans des conditions normales » à un gérant d'une société à responsabilité limitée ne constituait pas une convention entrant dans les prévisions de l'article 50 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, devenu l'article L. 223-19 du code de commerce. L'insertion de cette incidente dans la rédaction du motif avait donné lieu à des interprétations divergentes sur la nature conventionnelle ou non de la rémunération. Cet arrêt avait voulu par là faire écho à celui du 3 mars 1987. L'arrêt rendu le 4 mai 2010 vient opportunément lever les hésitations que pouvaient avoir les acteurs de la vie sociale.

**Société commerciale (règles générales) – Nullité – Causes – Acte ou délibération des organes de la société ne modifiant pas les statuts – Cas exclusif de nullité – Inobservation des statuts ou du règlement intérieur – Limite**

*Com.*, 18 mai 2010, *Bull.* 2010, IV, n° 93, pourvoi n° 09-14.855

Par cet arrêt, la chambre commerciale, financière et économique apporte une réponse à la fois négative et nuancée à la question de savoir si la nullité des actes ou délibérations pris par une société peut être fondée sur la violation des statuts.

Le principe d'une réponse négative est imposé par les textes. Il faut sur ce point rappeler qu'il résulte des dispositions des articles 1844-10 du code civil et L. 235-1 du code de commerce, pour l'essentiel rédigés dans les mêmes termes, qu'il y a lieu de distinguer selon l'objet de l'acte ou délibération critiqué. Dans les cas où l'acte a pour objet la modification des statuts, son annulation, comme celle de la société elle-même, ne peut être prononcée que si elle est expressément prévue par la loi. Dans tous les autres cas, l'annulation, qui devient certes possible alors même qu'aucun texte ne la prévoit, ne peut cependant être fondée que sur la violation d'une disposition impérative de la loi. S'agissant des sociétés commerciales, l'annulation suppose plus précisément, aux termes de l'article L. 235-1, alinéa 2, du code de commerce, la violation d'une disposition impérative du livre II du même code, relatif à cette catégorie de sociétés, ou des lois qui régissent les contrats. La Cour de cassation a sans doute admis que la nullité est également encourue en cas de violation de dispositions réglementaires, mais c'est seulement dans la mesure où celles-ci se situent dans le prolongement de la disposition légale impérative (Ch. mixte, 16 décembre 2005, *Bull.* 2005, Ch. mixte, n° 9, pourvoi n° 04-10.986). En revanche, la jurisprudence récente refuse d'étendre l'annulation aux hypothèses de violation des statuts (cf. dans une société civile, 3<sup>e</sup> Civ., 19 juillet 2000, *Bull.* 2000, III, n° 150, pourvoi n° 98-17.258 ; dans un groupement d'intérêt économique, *Com.*, 14 juin 2005, *Bull.* 2005, IV, n° 129, pourvoi n° 02-18.864). C'est donc cette

conception restrictive que vient confirmer la chambre commerciale, en accord non seulement avec la lettre des textes mais aussi avec le souci de sécurité qui les anime.

Une nuance est cependant apportée par l'arrêt, qui accepte de sanctionner par la nullité l'acte ou délibération pris en violation d'une stipulation statutaire lorsque celle-ci a été adoptée en application d'une faculté, offerte par la loi impérative elle-même, d'aménager conventionnellement la règle posée par elle. Cette situation se rencontre notamment toutes les fois que la loi, tout en subordonnant une décision sociale à certaines conditions de majorité, autorise cependant les statuts à stipuler d'autres conditions et ainsi, sans décider du caractère impératif de la règle, à en aménager le contenu. Elle ne devrait pas s'étendre, en revanche, aux cas où la loi, en restant silencieuse ou même en abandonnant expressément aux statuts le soin de régir une question, s'abstient de poser elle-même une quelconque règle.

**Société à responsabilité limitée – Gérant – Responsabilité civile – Responsabilité à l'égard des tiers – Conditions – Faute séparable des fonctions – Cas – Infraction pénale intentionnelle**

*Com., 28 septembre 2010, Bull. 2010, IV, n° 146, pourvoi n° 09-66.255*

Il est acquis en jurisprudence qu'un dirigeant social n'engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers que s'il commet une faute séparable de ses fonctions. Il en est ainsi parce qu'à l'égard des tiers, la faute que commet le dirigeant dans l'exercice de ses fonctions est en principe celle de la société elle-même, au nom de laquelle il agit. Mais lorsque la faute est telle qu'elle révèle que le dirigeant ne peut l'avoir commise en représentation de la personne morale, il doit en répondre personnellement.

Les contours de la notion de faute séparable des fonctions sociales, laquelle est contrôlée par la Cour de cassation, demeurent difficiles à tracer. Cette difficulté ne doit pas étonner : en matière de responsabilité civile, la jurisprudence ne se construit qu'empiriquement. C'est au fil des affaires, à l'épreuve de la diversité des situations concrètes que le contenu des principes qui l'inspirent est précisé.

La définition des éléments constitutifs de la faute séparable des fonctions sociales par l'arrêt de la chambre commerciale du 20 mai 2003 (*Bull. 2003, IV, n° 84, pourvoi n° 99-17.092*) a, il est vrai, facilité la mise en œuvre de cette qualification.

La précision par un arrêt de la même chambre du 10 février 2009 (*Bull. 2009, IV, n° 21, pourvoi n° 07-20.445*) que le dirigeant qui commet une faute intentionnelle, d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice des fonctions sociales, doit réparer le préjudice en résultant pour les tiers alors même qu'il a agi dans les limites de ses attributions, y a aussi contribué.

L'affirmation par l'arrêt du 28 septembre 2010, en écho à celui du 20 mai 2003, que le gérant d'une société à responsabilité limitée qui commet une faute constitutive d'une infraction pénale intentionnelle, séparable comme telle de ses fonctions sociales, engage sa responsabilité à l'égard des tiers à qui cette faute a porté préjudice, constituera également un facteur d'harmonisation des décisions. Des réponses divergentes avaient, en effet, été apportées à la question de savoir si la faute pénale commise par un dirigeant social constitue nécessairement une faute séparable de ses fonctions dès lors qu'elle est intentionnelle.

Tandis que la chambre criminelle retient systématiquement la responsabilité civile des dirigeants sociaux auteurs d'une infraction pénale au motif que le prévenu doit « répondre des conséquences dommageables de l'infraction dont [il] s'est personnellement [rendu] coupable, ce délit eût-il été commis dans le cadre de ses fonctions de dirigeant social », et qu'elle fait notamment application de cette règle dans le cas où le dirigeant a accepté sciemment de réaliser des travaux sans avoir souscrit un contrat d'assurance garantissant la responsabilité décennale des constructeurs (Crim., 7 septembre 2004, pourvoi n° 03-86.292; Crim., 26 janvier 2010, pourvoi n° 09-81.864), la jurisprudence des chambres civiles était moins claire.

Plusieurs arrêts ont certes retenu l'existence d'une faute séparable des fonctions sociales à l'encontre de dirigeants auteurs d'actes constituant une faute pénale. Ainsi a-t-il été jugé qu'engageait sa responsabilité personnelle un dirigeant ayant commis des actes de contrefaçon (Com., 7 juillet 2004, pourvoi n° 02-17.729; Com., 25 janvier 2005, pourvoi n° 01-10.740). Mais ces décisions, fondées sur une analyse concrète des agissements du dirigeant dans chaque espèce, ne comportaient pas de directive quant aux conséquences légales attachées à la constatation d'une faute constitutive d'une infraction pénale, sciemment commise par le dirigeant.

Et cette divergence d'approche pouvait apparaître d'autant plus marquée que, par un arrêt du 4 janvier 2006 (*Bull.* 2006, III, n° 7, pourvoi n° 04-14.731), la troisième chambre civile avait approuvé une cour d'appel d'avoir retenu que, même constitutif du délit prévu et réprimé par les articles L. 111-34 du code de la construction et de l'habitation et L. 243-3 du code des assurances, et caractérisant une abstention fautive imputable au dirigeant de la personne morale assujettie à l'obligation d'assurance, le défaut de souscription des assurances obligatoires de dommage et de responsabilité civile n'était pas séparable des fonctions de dirigeant.

En énonçant le principe ci-dessus reproduit, avant d'en tirer les conséquences, précisément dans une espèce où il résultait des constatations des juges du fond que le dirigeant en cause avait sciemment accepté d'ouvrir un chantier sans que l'entreprise fût couverte par une assurance garantissant la responsabilité décennale des constructeurs, la chambre commerciale a marqué sa volonté de rompre avec cette conception très restrictive de la faute séparable des fonctions sociales et de rapprocher la jurisprudence des chambres civiles de celle de la chambre criminelle.

Cette décision contribuera à unifier la jurisprudence sous un autre aspect. On sait que par son arrêt du 14 décembre 2001 (*Bull.* 2001, Ass. plén., n° 17, pourvoi n° 00-82.066), l'assemblée plénière a dit que « le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci ». Était-il cohérent, dans ces conditions, qu'un dirigeant social, qui a accepté les fonctions qui sont les siennes, qui jouit d'une large autonomie dans l'exercice de celles-ci et qui y trouve souvent un intérêt substantiel, puisse prétendre être mieux traité qu'un salarié sur le terrain de la responsabilité civile, lors même qu'il a intentionnellement commis des actes entrant dans les prévisions de la loi pénale ?

## C – Droit bancaire

Société anonyme – Administrateur – Responsabilité – Action – Prescription –  
 Domaine d'application – Dirigeants de droit

**Banque – Commission bancaire – Exercice du contrôle – Secret professionnel – Domaine d’application – Exclusion – Communication des rapports d’inspection au fonds de garantie**

*Com., 30 mars 2010, Bull. 2010, IV, n° 69, pourvoi n° 08-17.841*

Le fonds de garantie des dépôts (le fonds) a, en mai 2000, agi en remboursement à l’encontre d’anciens dirigeants du Crédit martiniquais (la banque), après être intervenu préventivement pour contribuer à couvrir l’insuffisance d’actif de la banque, à la demande de la Commission bancaire. Le litige auquel a donné lieu cette action a permis à la Cour de cassation de se prononcer sur plusieurs points de droit délicats, comme le point de départ de la prescription de l’action en responsabilité à l’encontre d’administrateurs de sociétés anonymes, ou encore, s’agissant du régime juridique des rapports de la Commission bancaire, le secret bancaire ou le respect du principe de la contradiction.

Dans ce même contentieux, un premier arrêt de cassation rendu par la chambre commerciale le 6 décembre 2005 (*Bull.* 2005, IV, n° 239, pourvoi n° 03-11.858) avait permis de préciser que l’article L. 312-6 du code monétaire et financier, issu de la loi du n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l’épargne et à la sécurité financière, qui avait créé le fonds, permettait à ce dernier d’engager une telle action en remboursement pour des faits fautifs antérieurs à sa création. La cour d’appel de Versailles, statuant sur renvoi, a alors rendu deux arrêts successifs, un premier, avant dire droit (en date du 13 décembre 2007), puis un second, sur le fond (en date du 29 mai 2008), qui ont donné lieu au présent arrêt du 30 mars 2010, rendu par la chambre commerciale, réunie en chambre plénière.

S’agissant du premier, la cour d’appel a, pour l’essentiel, écarté la fin de non-recevoir des dirigeants de la banque tirée de la prescription de l’action en remboursement du fonds. S’agissant du second, elle a en revanche rejeté l’action en responsabilité engagée par le fonds à l’encontre des dirigeants de la banque, faute de preuve suffisante, après avoir écarté des débats les rapports de la Commission bancaire produits par le fonds, au double motif que ces documents étaient couverts par le secret professionnel et que leur production méconnaissait le principe de la contradiction.

En rejetant le pourvoi incident formé par les dirigeants de la banque à l’encontre de l’arrêt avant dire droit de la cour d’appel de Versailles, la Cour de cassation a ainsi été conduite à préciser l’interprétation à donner au point de départ de la prescription triennale prévue à l’article L. 225-254 du code de commerce, qui dispose que « l’action en responsabilité contre les administrateurs [...], tant sociale qu’individuelle, se prescrit par trois ans, à compter du fait dommageable ou s’il a été dissimulé, de sa révélation. Toutefois, lorsque le fait est qualifié de crime, l’action se prescrit par dix ans ». Dans un attendu de principe, elle énonce que « commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d’administration ou du directoire d’une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d’une décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu’il s’est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s’opposant à cette décision ».

Ce faisant, tout en adoptant une conception stricte, c’est-à-dire subjective, de la notion de dissimulation, laquelle implique une volonté de dissimulation de chacun des administrateurs,

déjà retenue vis-à-vis des commissaires aux comptes<sup>1</sup>, et non le simple constat que la victime n'a pas connu le fait fautif, conception objective<sup>2</sup>, la Cour de cassation a énoncé, lorsque est retenue une décision fautive d'un conseil d'administration ou directoire, organe collégial sans personnalité morale, qu'était présumée, sauf preuve contraire à la charge de l'administrateur, l'imputabilité personnelle d'une telle faute.

La chambre criminelle avait déjà, par son arrêt du 19 août 1997 (*Bull. crim.* 1997, n° 285, pourvoi n° 96-83.944), précisé que la présomption simple de responsabilité pénale, instituée par l'article 244 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, n'était pas contraire à la présomption d'innocence. En l'espèce, l'arrêt avait relevé que le conseil d'administration de la banque avait arrêté les comptes infidèles de l'exercice 1996, résultant notamment de l'insuffisance de provisionnement de 800 000 000 francs (121 959 213,79 euros), masquant ainsi l'apparition en comptabilité des difficultés de l'établissement : la cour d'appel a ainsi pu déduire la volonté de dissimulation de chacun des membres du conseil d'administration, dès lors qu'aucun de ces derniers n'avait établi ni même allégué s'être personnellement opposé à cet arrêté des comptes, et a exactement retenu que le point de départ de la prescription triennale de l'action en responsabilité à leur encontre devait être fixé à la date de la révélation du fait dommageable.

De façon plus classique<sup>3</sup>, mais l'énonçant pour la première fois au titre d'une société anonyme, la chambre commerciale a retenu qu'une telle prescription triennale, abrégée, prévue par l'article L. 225-254 du code de commerce, ne concernait que les agissements commis par les dirigeants de droit et non par les personnes assignées en qualité de dirigeants de fait. Ces dernières, en effet, relèvent, pour les fautes commises, de la prescription de droit commun, décennale à l'époque des faits.

Si le pourvoi incident des dirigeants contre l'arrêt avant dire droit a été ainsi rejeté, en revanche, trois attendus de principe, relevant, d'une part, de l'interprétation de la réglementation bancaire et, de l'autre, des principes de la contradiction, ont été rendus, attendus qui ont conduit à accueillir le pourvoi principal formé par le fonds à l'encontre de l'arrêt du 29 mai 2008, qui avait écarté la responsabilité des dirigeants de la banque. La chambre commerciale a d'abord énoncé que l'article L. 631-1 du code monétaire et financier, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2007-544 du 12 avril 2007, qui dispose que la Commission bancaire et le fonds de garantie des dépôts sont autorisés à se communiquer les renseignements nécessaires à l'accomplissement de leurs missions respectives, lesquels ne peuvent être utilisés qu'aux fins pour lesquelles ils ont été communiqués, est applicable aux renseignements recueillis antérieurement à son entrée en vigueur et dont l'utilisation n'a pas fait l'objet d'un litige définitivement tranché à cette date.

1. Jurisprudence constante depuis l'arrêt de la chambre commerciale du 11 octobre 2005, pourvoi n° 03-17.382 : Com., 14 février 2006, pourvoi n° 04-11.969 et Com., 1<sup>er</sup> juillet 2008, pourvoi n° 07-17.729.

2. S'écartant ainsi d'une jurisprudence de la chambre commerciale du 3 juillet 1984, *Bull.* 1984, IV, n° 211, pourvoi n° 82-13.330.

3. Une jurisprudence dans le même sens avait déjà été rendue s'agissant d'un gérant d'une SARL : Com., 21 mars 1995, *Bull.* 1995, IV, n° 98, pourvoi n° 93-13.721.



La Cour de cassation a ainsi considéré que l'article L. 631-1, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 12 avril 2007 issue de la transposition de la directive MIF, visait le statut probatoire de la production de pièces au regard des règles gouvernant le secret professionnel. Dès lors, cet article était applicable immédiatement, dans les procédures en cours, aux renseignements recueillis antérieurement à son entrée en vigueur et dont l'utilisation n'avait pas fait l'objet d'un litige définitivement tranché à cette date. La cour d'appel ne pouvait donc pas, comme elle l'avait fait pour écarter du débat les rapports d'inspection de la Commission bancaire, retenir que les dispositions selon lesquelles la Commission bancaire et le fonds étaient autorisés à se communiquer les renseignements nécessaires à l'accomplissement de leurs missions respectives, ces derniers ne pouvant être utilisés qu'aux fins pour lesquelles ils avaient été communiqués, résultaient seulement de la modification législative du 12 avril 2007 et étaient donc sans application aux procédures en cours.

Dans un deuxième attendu de principe, la chambre commerciale a énoncé que l'article L. 613-20 du code monétaire et financier, énumérant seulement les hypothèses dans lesquelles le secret professionnel auquel sont tenues les personnes participant ou ayant participé aux contrôles des établissements de crédit ne leur est pas opposable, est sans application lorsque la Commission bancaire est légalement autorisée, en application de l'article L. 631-1 du code monétaire et financier dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2007-544 du 12 avril 2007, à communiquer au fonds de garantie des dépôts les rapports d'inspection que ce dernier peut utiliser aux fins pour lesquelles ils lui ont été communiqués.

Les dirigeants de la banque avaient fait valoir, avec succès devant les juges du fond, qu'en définitive, il était indifférent de savoir quelle version du texte, celle du 16 juillet 1992 ou celle issue de l'ordonnance du 12 avril 2007, était applicable, dans la mesure où, en tout état de cause, l'article L. 613-20 du code monétaire et financier, qui énonce les cas limitatifs dans lesquels le secret bancaire peut être levé, n'a pas été modifié. La chambre commerciale rejette cette argumentation : l'article L. 613-20 est, au regard de l'article L. 631-1, sans application. En effet, le premier de ces textes ne vise que l'hypothèse où une personne qui participe à un contrôle est tenue au secret bancaire, en précisant les cas où le secret n'est pas opposable. Or, précisément, l'article L. 631-1, dans sa nouvelle rédaction issue de l'ordonnance du 12 avril 2007, autorise l'utilisation des renseignements communiqués par la Commission bancaire au fonds pour l'accomplissement de sa mission légale, lui permettant ainsi d'engager une action en responsabilité au titre de l'article L. 312-6, alinéa 2, du code monétaire et financier.

Le fonds avait en outre fait valoir que ces textes s'inscrivent, au nom de l'intérêt général, dans un processus de renforcement des mesures de coordination de la coopération et qu'à défaut d'une telle interprétation, ces mesures de coordination perdaient toute substance. Pour écarter des débats la production des rapports de la Commission bancaire par le fonds, la cour d'appel s'était fondée, en tout état de cause, sur l'absence d'exhaustivité de la production des pièces visées par les annexes des rapports de la Commission bancaire, de sorte que, selon les juges du fond, les parties n'avaient pas été à même de discuter contradictoirement l'intégralité des documents sur lesquels le fonds appuyait sa demande.

Dans un troisième attendu de principe, la Cour de cassation censure cette argumentation, en énonçant que ne méconnaît ni les exigences de l'article 16 du code de procédure civile ni

celles de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales la production aux débats dans leur intégralité avec leurs annexes des rapports d'inspection de la Commission bancaire, dès lors que ces documents sont soumis au débat contradictoire des parties, que celles-ci ont la possibilité d'en discuter le contenu et peuvent solliciter la production forcée de pièces complémentaires qui leur apparaîtrait indispensable à l'exercice de leur défense, le juge appréciant l'opportunité de faire droit à leur demande.

Le pouvoir d'appréciation en opportunité, conféré traditionnellement au juge dans de telles circonstances pour préserver la loyauté des débats<sup>4</sup>, est ainsi suffisant, en cas de demande de production forcée, pour assurer le principe de la contradiction, sans pour autant risquer de paralyser de telles actions.

## D – Cautionnement

Cautionnement – Conditions de validité – Acte de cautionnement – Mention manuscrite relative à la solidarité (article L. 341-3 du code de la consommation) – Domaine d'application – Exclusion – Cautionnements consentis par acte authentique – Portée

Cautionnement – Conditions de validité – Acte de cautionnement – Montant limité du cautionnement solidaire (article L. 341-5 du code de la consommation) – Domaine d'application – Cautionnements constatés par acte authentique – Portée

*Com.*, 6 juillet 2010, *Bull.* 2010, IV, n° 118, *pourvoi n° 08-21.760*

Un juge-commissaire avait consigné, dans une ordonnance autorisant diverses opérations, l'engagement d'un gérant de société de cautionner les sommes dues à ce titre par la société qu'il gérait. Assigné en exécution de son engagement, il en invoquait la nullité pour inobservation des dispositions des articles L. 341-3 et L. 341-5 du code de la consommation. La cour d'appel confirme la décision des premiers juges de condamner la caution aux motifs que cet engagement, recueilli par décision judiciaire, acte authentique, échappe aux prescriptions de l'article 1326 du code civil.

Après avis de la première chambre, la chambre commerciale décide, d'une part, que les dispositions de l'article L. 341-3 du code de la consommation ne sont pas applicables aux cautionnements consentis par acte notarié mais, d'autre part, que les dispositions de l'article L. 341-5 du même code sont applicables à tous les cautionnements solidaires consentis par des personnes physiques au profit de créanciers professionnels, peu important qu'ils soient constatés par acte authentique.

4. Voir *Com.*, 19 décembre 2006, *pourvoi n° 05-18.919* : « l'arrêt retient exactement que le fait que l'AMF [Autorité des marchés financiers] ait procédé à une sélection des pièces du dossier finalement soumis à la commission des sanctions n'est pas, en soi, de nature à vicier la procédure, à moins qu'il ne soit démontré que, manquant à son devoir de loyauté, elle ait distrait des éléments de nature à influencer sur l'appréciation, par la commission des sanctions puis le cas échéant par la cour d'appel, du bien-fondé des griefs retenus ».

S'agissant de la première question, il convient de rappeler que, contrairement à l'article L. 341-2 du code de la consommation, l'article L. 341-3 du même code ne précise pas que son champ d'application est limité aux actes sous seing privé. La Cour de cassation confirme ainsi l'opinion majoritaire selon laquelle le silence du texte ne résulterait que d'une omission du législateur et non d'une intention délibérée de prévoir un régime distinct entre les mentions manuscrites et obligatoires relatives au montant du cautionnement (article L. 341-2 du même code) et celles qui concernent la renonciation au bénéfice de discussion (article L. 341-3 du même code). Elle rejoint en cela la solution prise au sujet des dispositions des articles L. 313-7 et L. 313-8 du code de la consommation (1<sup>re</sup> Civ., 24 février 2004, *Bull.* 2004, I, n° 60, pourvoi n° 01-13.930), rédigés en termes similaires ; l'exigence d'une mention manuscrite posée par l'article 22-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 pour la validité d'un engagement de caution relatif à un bail avait également été écartée par la troisième chambre civile pour les actes authentiques (3<sup>e</sup> Civ., 9 juillet 2008, *Bull.* 2008, III, n° 124, pourvoi n° 07-10.926).

Quant à l'application des dispositions de l'article L. 341-5 du code de la consommation en particulier aux engagements de caution consentis par acte authentique, on observera que ces dispositions, qui réputent non écrite une stipulation de solidarité figurant dans un engagement de caution qui ne serait pas limité à un montant global, expressément et contractuellement déterminé incluant le principal, les intérêts, les frais et les accessoires, n'ont pas d'intérêt si elles ne s'appliquent qu'aux cautionnements consentis par des personnes physiques en faveur de créanciers professionnels par acte sous seing privé, puisqu'en ce cas l'article L. 341-2 impose déjà que le montant de l'engagement soit chiffré et limité dans une mention manuscrite. Notons que cette solution revient à prohiber, s'agissant des engagements de caution consentis par des personnes physiques à des créanciers professionnels, tous les cautionnements dits « omnibus », ne comportant pas de montant limité de l'engagement, quelle que soit la forme de l'acte (acte sous seing privé ou acte authentique).

## **E – Impôts et taxes**

**Impôts et taxes – Redressement et vérifications (règles communes) – Visites domiciliaires (article L. 16 B) – Compatibilité avec les articles 8 et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**

**Impôts et taxes – Redressement et vérifications (règles communes) – Visites domiciliaires (article L. 16 B) – Autorisation judiciaire – Conditions – Présomption de fraude – Appréciation souveraine**

*Com.*, 8 décembre 2009, *Bull.* 2009, IV, n° 162, pourvoi n° 08-21.017

**Convention européenne des droits de l'homme – Article 6 § 1 – Équité – Égalité des armes – Connaissance de toute pièce présentée au juge – Condition – Applications diverses – Consultation ou communication en appel des pièces présentées pour obtenir l'autorisation de visite et saisies domiciliaires**

*Com.*, 2 février 2010, *Bull.* 2010, IV, n° 27, pourvoi n° 09-14.821

**Impôts et taxes – Redressement et vérifications (règles communes) – Visites domiciliaires (article L. 16 B) – Voies de recours – Appel contre l’ordonnance d’autorisation – Consultation des pièces au greffe – Différence avec une demande de délivrance de copie par le greffe**

**Impôts et taxes – Redressement et vérifications (règles communes) – Visites domiciliaires (article L. 16 B) – Autorisation judiciaire – Conditions – Délai pour statuer (non)**

*Com., 2 février 2010, Bull. 2010, IV, n° 29, pourvoi n° 09-13.795*

**Impôts et taxes – Redressement et vérifications (règles communes) – Visites domiciliaires (article L. 16 B) – Autorisation judiciaire – Conditions – Origine des pièces – Obtention de manière licite – Vérification**

**Impôts et taxes – Redressement et vérifications (règles communes) – Visites domiciliaires (article L. 16 B) – Autorisation judiciaire – Conditions – Origine des pièces – Droit de communication auprès des opérateurs et des prestataires de communications électroniques (non)**

*Com., 7 avril 2010, Bull. 2010, IV, n° 73, pourvoi n° 09-15.122*

À la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l’homme le 21 février 2008 (Ravon et autres c. France, requête n° 18497/03), la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 a modifié les dispositions de l’article L. 16 B du livre des procédures fiscales en instaurant un appel contre les autorisations de visite et saisie, délivrées par le juge des libertés et de la détention, ainsi qu’un recours contre le déroulement de ces visites, devant le premier président de la cour d’appel. Les ordonnances rendues par ce dernier étant susceptibles de pourvoi en cassation selon les règles prévues par le code de procédure civile, la chambre commerciale a retrouvé le contentieux de l’autorisation des visites domiciliaires en matière fiscale et s’est trouvée en charge du contentieux de leur déroulement.

Par un premier arrêt du 8 décembre 2009, elle a dit que les dispositions de cet article L. 16 B, qui régit ces visites, ne contreviennent pas à celles des articles 8 et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales puisqu’elles assurent la conciliation du principe de la liberté individuelle ainsi que du droit d’obtenir un contrôle juridictionnel effectif de la décision prescrivant la visite avec les nécessités de la lutte contre la fraude fiscale, de sorte que l’ingérence dans le droit au respect de la vie privée et du domicile est proportionnée au but légitime poursuivi.

Elle a également précisé l’étendue du contrôle exercé par le premier président de la cour d’appel sur les autorisations de visite, en application de l’article L. 16 B (§ I et II), en constatant, par arrêt du 7 avril 2010, que celui-ci procède au contrôle qui lui incombe lorsque, saisi d’une contestation sur ce point, il vérifie que les pièces produites par l’administration fiscale, au soutien de sa demande d’autorisation de visite, ont été obtenues par elle de manière licite. L’arrêt précité du 8 décembre 2009 indique que le premier président de la cour d’appel justifie légalement sa décision en analysant les faits résultant des éléments fournis par

l'administration fiscale à partir desquels il apprécie souverainement l'existence d'une présomption de fraude, sans être tenu de s'expliquer sur les éléments qu'il écarte.

Par deux arrêts du 2 février 2010, la chambre commerciale a été amenée à se prononcer sur la portée de la faculté de consultation du dossier de l'administration fiscale au greffe de la cour d'appel, prévue par l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales. Elle a retenu qu'au regard des principes posés par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, cette faculté ne dispense pas l'administration de communiquer à la partie qui le demande les pièces dont elle fait état.

## F – Transports

**Transports Routiers – Marchandises – Contrat de transport – Prix – Paiement – Action directe du transporteur à l'encontre du destinataire – Loi de police (non)**

*Com., 13 juillet 2010, Bull. 2010, IV, n° 131, pourvoi n° 10-12.154*

L'article 10 de la loi n° 98-69 du 6 février 1998 tendant à améliorer les conditions d'exercice de la profession de transporteur routier, dite « loi Gayssot », a modifié l'ancien article 101 du code de commerce, maintenant codifié sous le numéro L. 132-8, afin de mettre à la charge de l'expéditeur et du destinataire du transport l'obligation de garantir le transporteur routier contre les défauts de paiement de ses prestations.

Ce dispositif a nourri un contentieux abondant et donné lieu à des décisions assurant son efficacité. En particulier, il a été jugé que l'expéditeur ou le destinataire auxquels s'adresse le transporteur ne peuvent lui opposer qu'ils auraient déjà payé le prix du transport.

Les avantages procurés par cette loi n'ont pas d'équivalent dans la Convention de Genève du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route, dite « CMR », qui règle la plupart des transports routiers internationaux. Ce sont donc les règles de conflits de lois, c'est-à-dire le plus souvent la Convention de Rome (Convention n° 80/934/CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980), ou pour les contrats conclus postérieurement au 17 décembre 2009, le Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles – dit « Rome I » – qui déterminent si la loi française et la puissante garantie qu'elle offre au transporteur est applicable à une situation donnée. Toutefois, certains auteurs considéraient que le législateur français attachait tant de prix à cette disposition qu'elle ne pouvait être écartée par les règles de droit international privé mais devait être traitée comme une « loi de police », c'est-à-dire une règle qui s'impose avant même que soit mis en œuvre le mécanisme de conflit de lois.

C'est ce que faisait valoir un transporteur établi en Espagne qui effectuait des transports de jus de fruit vers la France. N'ayant pas été payé par l'expéditeur espagnol qui lui avait confié ces transports, ce professionnel a demandé au destinataire français de lui régler ses prestations en application de l'article L. 132-8 du code de commerce, bien que la loi française ne soit pas applicable.

Cette analyse est écartée par la Cour de cassation qui décide que « l'article L. 132-8 du code de commerce conférant au transporteur routier une action en paiement de ses prestations à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire institués garants du paiement du prix du transport n'est pas une loi dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation quelle que soit la loi applicable et de constituer une loi de police ».

## G – Droit de la concurrence

**Postes et communications électroniques – Communications électroniques – Autorité de régulation des communications électroniques et des postes – Pouvoir de règlement des différends – Différend portant sur l'interconnexion ou l'accès à un réseau – Pouvoir de l'Autorité – Étendue – Période et tarifs**

*Com., 14 décembre 2010, pourvoi n° 09-67.371, en cours de publication*

Par cet arrêt, la Cour précise l'étendue de la compétence de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (l'ARCEP), dans le cadre de la procédure de règlement des différends prévue à l'article L. 36-8 du code des postes et des communications électroniques, pour trancher un différend d'ordre tarifaire entre des parties à une convention d'accès à la boucle locale.

La boucle locale, comme l'ensemble du réseau des télécommunications, appartient à la société France Télécom, qui constitue l'opérateur historique. Le raccordement à cette infrastructure étant indispensable pour fournir des services d'accès haut débit au réseau internet, des opérateurs alternatifs (les sociétés Neuf Télécom, Cégétel et Neuf Cégétel) ont conclu avec ce dernier des conventions d'accès à la boucle locale (deux d'entre elles remontent au 1<sup>er</sup> octobre 2005, la troisième, qui les annule et les remplace, date du 3 juillet 2007). Ces conventions fixaient les modalités techniques de cet accès ainsi que les tarifs applicables aux prestations dont la réalisation était confiée à l'opérateur historique pour assurer celui-ci. Ces tarifs avaient été établis sur la base d'une offre de référence émise, le 29 juillet 2005, par la société France Télécom, à destination de l'ensemble des opérateurs, à la suite d'une décision de l'ARCEP, du 19 mai 2005, qui avait enjoint à cette société d'en publier une nouvelle afin de se conformer à une série d'obligations, dont celle consistant à orienter ses tarifs vers ses coûts.

Estimant que les sommes facturées par l'opérateur historique, selon les tarifs contractuellement fixés, n'étaient pas proportionnées, s'agissant de certaines prestations, aux coûts y afférents, la société Neuf Cégétel a, le 1<sup>er</sup> avril 2008, saisi l'ARCEP d'une demande de règlement des différends. Au cours de cette procédure, l'opérateur historique ayant publié, de sa propre initiative, le 15 mai 2008, une nouvelle offre de référence, Neuf Cégétel en a revendiqué le bénéfice à compter du 13 mai 2005, date à laquelle les tarifs pratiqués auraient été contestés. Estimant que la date de formalisation du différend entre les parties était plus tardive (comme étant intervenue le 4 février 2008 et non le 13 mai 2005), l'ARCEP n'a ordonné l'application des tarifs prévus par la nouvelle offre de référence qu'à compter du 4 février 2008, et non du 13 mai 2005. Neuf Cégétel a alors formé un recours en réformation contre

cette décision devant la cour d'appel de Paris (seule compétente pour connaître des recours contre les décisions de cette autorité), afin d'obtenir le remboursement de tout ou partie des sommes versées par elle à titre de règlement des prestations en cause depuis la date de notification à l'opérateur historique de la décision de l'ARCEP, du 19 mai 2005, ayant imposé à ce dernier l'obligation d'orienter ses tarifs vers ses coûts.

La cour d'appel a rejeté le recours dans sa totalité au motif que le pouvoir d'intervention de l'ARCEP, prévu à l'article L. 36-8 du code des postes et des communications électroniques, exclut une remise en cause de la situation réglementaire et contractuelle préexistante à l'émergence du différend entre les parties. En statuant ainsi, la cour d'appel a violé ce texte. En effet, le pouvoir que celui-ci confère à l'ARCEP de préciser, au titre de la procédure de règlement des différends, les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés, s'étend à l'ensemble de la période couverte par le différend dont elle se trouve saisie, peu important la date de son émergence entre les parties. Il s'ensuit que cette autorité peut remettre en cause l'application, pendant cette période, des tarifs fixés dans une convention d'accès à la boucle locale. Tout l'enseignement de l'arrêt de cassation tient dans l'énoncé de ces précisions sur l'étendue de la compétence de l'ARCEP pour trancher un différend d'ordre tarifaire entre des parties à une convention d'accès à la boucle locale.

Cet énoncé découle des exigences du droit de l'Union européenne, à savoir une exigence de fond, qui réside dans le principe d'orientation des tarifs vers les coûts et une exigence procédurale, qui vise à encadrer l'autonomie des États membres en leur interdisant, en vertu d'un principe dit d'effectivité, de soumettre les recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'ordre juridique européen à des modalités procédurales qui rendent en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice de ces droits.

S'agissant de l'exigence de fond, elle a été posée par la réglementation européenne afin de permettre l'ouverture graduelle du marché des télécommunications à la concurrence. Il s'agit d'un principe d'ordre public économique qui apporte une restriction à la liberté contractuelle. Ce principe ne s'oppose pas à ce que les tarifs de l'accès à la boucle locale soient supérieurs aux coûts, afin de permettre à l'opérateur historique détenteur du réseau d'assurer le développement à long terme et la modernisation des infrastructures de télécommunications existantes, mais impose que ces tarifs demeurent raisonnables et proportionnés afin d'éviter la constitution de barrières à l'entrée pour les nouveaux opérateurs. C'est ce qu'a mis en évidence la Cour de justice de l'Union européenne dans un arrêt du 24 avril 2008 (Arcor AG & Co. KG c. Bundesrepublik Deutschland, affaire n° C-55/06, points 60 à 69 et 115).

Le respect de ce principe tarifaire repose, en vertu de la réglementation européenne, sur le contrôle des autorités nationales compétentes, c'est-à-dire, en France, sur l'ARCEP. Ce contrôle intervient à deux niveaux : *ex ante*, pour accompagner le passage du secteur des télécommunications d'une situation de monopole à une situation d'ouverture à la concurrence (la décision par laquelle l'ARCEP a enjoint à France Télécom de publier une nouvelle offre de référence relève de ce type de contrôle) et, *ex post*, pour sanctionner le manquement d'un opérateur disposant d'une puissance significative sur le marché à ses obligations et, le plus souvent, comme c'est le cas en l'espèce, pour trancher un différend entre les parties à une convention d'accès à la boucle locale. S'agissant de la procédure de règlement des différends,

le principe européen d'effectivité s'oppose au refus, exprimé par l'ARCEP et confirmé par la cour d'appel de Paris, d'examiner la partie de la demande de Neuf Cégétel qui se rapportait à la période antérieure à la date souverainement retenue comme étant celle de l'émergence du différend. Cette analyse, qui explique la censure de l'arrêt attaqué, repose sur le constat suivant : un tel refus est de nature à rendre, en pratique, excessivement difficile, voire impossible, l'exercice du droit que l'opérateur alternatif tient du principe d'orientation des tarifs vers les coûts, à savoir le droit de bénéficier d'un tarif raisonnable et proportionné pour l'accès à la boucle locale. Ce constat résulte de la combinaison de plusieurs facteurs. Tout d'abord, la fixation des tarifs sur la base d'une évaluation prévisionnelle des coûts, en partie à partir des coûts passés, et l'évolution réelle des coûts au cours de l'exécution du contrat, généralement à la baisse, dont la connaissance est peu aisée pour l'opérateur alternatif s'agissant d'informations détenues par l'opérateur historique, favorisent l'existence d'un risque de surévaluation des coûts par ce dernier (lors de la conclusion de la convention d'accès à la boucle locale), que l'opérateur alternatif aura du mal à déceler immédiatement, ce qui est susceptible de retarder l'émergence d'un différend sur la conformité des tarifs pratiqués. Ensuite, l'opérateur alternatif ne dispose d'aucune autre voie de droit que celle du règlement des différends pour obtenir gain de cause sans difficultés excessives : ni devant l'ARCEP, ni devant l'Autorité de la concurrence, ni devant le juge civil, ni devant le juge du contrat (en raison de la force obligatoire des contrats légalement formés et de la théorie de l'imprévision).

En précisant que la compétence de l'ARCEP s'étend à l'ensemble de la période couverte par le différend dont elle se trouve saisie (sous réserve du jeu de la prescription), peu important la date de son émergence entre les parties, l'arrêt commenté rejoint la pratique du régulateur britannique dans le secteur des télécommunications, ainsi que l'avis du groupe des régulateurs européens. Cette jurisprudence est susceptible d'intéresser d'autres autorités administratives indépendantes, qui connaissent une procédure comparable de règlement des différends entre des opérateurs de diverses industries de réseau (la Commission de régulation de l'énergie, le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la récente Autorité de régulation des activités ferroviaires).

## H – Propriété intellectuelle

### Propriété littéraire et artistique – Droit d'auteur – Droits moraux – Droit de divulgation – Effet

*1<sup>re</sup> Civ., 25 mars 2010, Bull. 2010, I, n° 75, pourvoi n° 09-67.515*

Par cet important arrêt rendu à l'occasion de l'exercice *post mortem* d'un droit de divulgation d'une œuvre, la première chambre civile a précisé les contours de ce droit.

L'article L. 121-2 du code de la propriété intellectuelle dispose que « l'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre » (c'est-à-dire de la communiquer au public) et que, sous réserve des dispositions de l'article L. 132-24, propres aux œuvres audiovisuelles, « il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci ». En application de ce texte, il apparaît bien que le droit de divulgation, attribut de droit moral (qui, rattaché à la personne, est



perpétuel, inaliénable et imprescriptible) comporte, au jour de son exercice, des prérogatives patrimoniales, puisqu'il appartient à l'auteur de fixer les conditions de cette divulgation.

Afin de préserver la cohérence de ce droit et son unité l'arrêt a décidé, par application du texte précité, que celui qui est seul habilité à décider de la communication au public de l'œuvre (à savoir l'auteur de son vivant, ses héritiers après sa mort ou ceux qu'il a désignés) est également seul habilité à décider du choix de l'éditeur et des conditions de l'édition. La position ainsi adoptée implique, de façon sous-jacente mais non moins évidente, que le droit de divulgation s'épuise par le premier usage. Il ne faudrait pas, en effet, que sous couvert de l'exercice d'un droit moral, les prérogatives d'ordre patrimonial deviennent perpétuelles, inaliénables et imprescriptibles. L'article L. 123-4 du code de la propriété intellectuelle fixe d'ailleurs à vingt-cinq ans la durée d'exploitation d'une œuvre posthume divulguée après expiration de la durée du monopole d'auteur (soixante-dix ans qui suivent l'année civile de la mort de ce dernier).

Une fois l'œuvre communiquée au public, une fois l'œuvre sortie de la sphère du secret et de l'intimité, l'auteur (ou l'héritier largement entendu) ne peut se prévaloir du droit moral de divulgation. Si les conditions fixées lors de la divulgation sont méconnues (par exemple l'exploitant excède les limites qui ont été posées) ce n'est plus le droit de divulgation qui sera en cause, mais, éventuellement, un autre attribut de droit moral. On peut penser qu'en pareil cas il serait porté atteinte à l'intégrité de l'œuvre dont l'exploitation a été voulue par l'auteur de façon limitée.

**Propriété littéraire et artistique – Prévention, procédures et sanctions  
– Saisie-contrefaçon – Validité – Contestation – Juge compétent –  
Détermination**

*1<sup>re</sup> Civ., 6 mai 2010, Bull. 2010, I, n° 104, pourvoi n° 08-15.897*

Qui, du juge qui a autorisé la saisie-contrefaçon sur requête ou du juge saisi de l'action en contrefaçon au fond, a compétence pour se prononcer sur l'exception de nullité de la requête et, par voie de conséquence, des opérations subséquentes ?

Après avis de la deuxième chambre civile (compétente en matière de procédure), la première chambre civile, statuant sur le fondement de l'article L. 332-2 du code de la propriété intellectuelle dans sa rédaction applicable aux faits de la cause, a décidé qu'à l'expiration du délai imparti pour demander la mainlevée de la mesure de saisie-contrefaçon au juge qui l'a ordonnée, la contestation relative à la validité de la requête au vu de laquelle a été autorisée la saisie relève du pouvoir exclusif de la juridiction saisie au fond de l'action en contrefaçon.

Une difficulté procédurale enfin résolue même si la modification ultérieure des textes avait mis fin aux hésitations.

## V – RESPONSABILITÉ CIVILE, ASSURANCES ET SÉCURITÉ SOCIALE

### A – Droit de la responsabilité

#### 1 – Responsabilité délictuelle

Responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle – Choses dont on a la garde – Exonération – Acceptation des risques – Exclusion – Cas

*2<sup>e</sup> Civ., 4 novembre 2010, Bull. 2010, II, n<sup>o</sup> 176, pourvoi n<sup>o</sup> 09-65.947*

Par cet arrêt décidant que la victime d'un dommage causé par une chose peut invoquer la responsabilité résultant de l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil, à l'encontre du gardien de la chose, instrument du dommage, sans que puisse lui être opposée son acceptation des risques, la deuxième chambre civile procède à un important revirement de jurisprudence.

En l'espèce, le pilote d'une motocyclette avait été heurté par une autre motocyclette au cours d'une séance d'entraînement sur un circuit fermé. Un précédent arrêt de la Cour de cassation (2<sup>e</sup> Civ., 4 janvier 2006, *Bull.* 2006, II, n<sup>o</sup> 1, pourvoi n<sup>o</sup> 04-14.841) ayant exclu l'application des dispositions de la loi n<sup>o</sup> 85-677 du 5 juillet 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, au motif que l'accident survenant entre des concurrents à l'entraînement évoluant sur un circuit fermé exclusivement dédié à l'activité sportive n'est pas un accident de la circulation, la victime, blessée, avait invoqué devant la cour de renvoi l'application des dispositions de l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil à l'encontre du conducteur et du propriétaire de la motocyclette l'ayant heurté.

Les juges du fond l'avaient déboutée de ses demandes en considérant qu'elle avait accepté les risques inhérents à l'entraînement entre concurrents, ce qui faisait obstacle à l'application de l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil et exonérait l'autre conducteur ainsi que toute personne dont la responsabilité était recherchée en tant que gardien de toute responsabilité.

Création prétorienne, la théorie de l'acceptation des risques, qui trouve son terrain d'élection en matière sportive, permet en effet aux juges de se fonder sur l'attitude de la victime qui, du fait de son comportement, aurait accepté de courir les risques normalement liés à la situation pour lui refuser le droit d'invoquer le bénéfice de la responsabilité instaurée par l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>.

Critiquée par de nombreux auteurs tant du point de vue de son fondement que de son champ d'application et de ses conditions d'application, la théorie de l'acceptation des risques apparaît incohérente et casuistique dans sa mise en œuvre, refoulant seulement dans certains cas la responsabilité du fait des choses pour priver la victime d'une indemnisation que l'application de l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil lui aurait normalement permis d'obtenir, sous la réserve, bien évidemment, de la faute qu'elle aurait commise.

C'est pourquoi le présent arrêt, favorable aux victimes, décide que l'acceptation des risques par la victime n'est pas de nature à faire obstacle à la responsabilité du gardien de la chose.

## 2 – Responsabilité contractuelle

### Responsabilité contractuelle – Clause limitative de responsabilité – Opposabilité – Exclusion – Cas – Clause contredisant la portée de l'obligation essentielle – Portée

*Com., 29 juin 2010, Bull. 2010, IV, n° 115, pourvoi n° 09-11.841*

Par cet arrêt délibéré en sa formation plénière, la chambre commerciale de la Cour de cassation vient préciser un point qui a nourri un intense débat à propos du régime des clauses conventionnelles limitatives d'indemnisation.

Selon l'arrêt de la chambre commerciale du 22 octobre 1996 (*Bull.* 1996, IV, n° 261, pourvoi n° 93-18.632), en raison du manquement à une obligation essentielle du contrat, la clause limitative de responsabilité du contrat qui contredit la portée de l'engagement pris doit être réputée non écrite. Appelée à régler les problèmes posés par la nombreuse postérité de cet arrêt, la chambre mixte avait été amenée à préciser, quant aux règles applicables en matière de transports rapides, qu'il résulte de l'article 1150 du code civil et du décret du 4 mai 1988, portant approbation du contrat-type pour le transport public terrestre de marchandises applicable aux envois de moins de trois tonnes pour lesquels il n'existe pas de contrat type spécifique, que, si une clause limitant le montant de la réparation est réputée non écrite en cas de manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat, seule une faute lourde, caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle, peut mettre en échec la limitation d'indemnisation prévue au contrat type établi annexé au décret (Ch. mixte, 22 avril 2005, *Bull.* 2005, Ch. mixte, n° 4, pourvoi n° 03-14.112).

Il se déduisait ainsi de ces solutions que « pour les clauses limitatives de responsabilité d'origine purement conventionnelle, qu'elles soient insérées dans un contrat de transport ou dans tout autre contrat, les juges du fond [...] doivent vérifier que ces clauses ne portent pas atteinte à une obligation essentielle ». Tel était, aux termes de la note consacrée à cette décision (*Bull. inf. C. cass.* n° 662, 1<sup>er</sup> juin 2007, rubrique « arrêts des chambres », n° 1194), l'enseignement à tirer d'un premier arrêt rendu en la présente instance (*Com.*, 13 février 2007, *Bull.* 2007, IV, n° 43, pourvoi n° 05-17.407), censurant les juges du fond pour avoir refusé de déduire de leurs constatations relatives au comportement du débiteur contractuel l'existence « d'un manquement à une obligation essentielle de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation ». Pour autant, la cour d'appel de renvoi, après avoir retenu un tel manquement, fit application de la clause limitative, au motif que cette dernière reflétait un équilibre contractuel et n'aboutissait pas à une indemnisation dérisoire.

Sur nouveau pourvoi, la Cour devait donc prendre position sur la thèse du créancier, faisant valoir que le manquement à l'obligation contractuelle essentielle serait une source nouvelle, autonome et première de mise en échec d'une clause limitative de réparation et qu'en conséquence, un manquement de cette nature impliquait, directement et sans autre condition, la mise en échec de la limitation d'indemnisation.

Cette thèse n'est pas reçue. Il est au contraire décidé que « seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ». L'apport de cette décision est donc de préciser expressément, dans la ligne de la décision fondatrice du 22 octobre 1996, qu'un manquement à l'obligation essentielle du contrat, condition nécessaire de mise en échec d'une convention de répartition des risques, n'est point suffisant ; « seule » une convention aboutissant, en outre, à vider cette obligation de toute substance encourt cette mise à l'écart.

### 3 – Responsabilité médicale

#### Professions médicales et paramédicales – Médecin-chirurgien – Obligation de renseigner – Manquement – Dommage – Réparation – Nécessité

*1<sup>re</sup> Civ., 3 juin 2010, Bull. 2010, I, n° 128, pourvoi n° 09-13.591*

Le médecin est tenu d'une obligation de science et de conscience, ce que conforte la prise en compte réaffirmée récemment de ses obligations déontologiques (1<sup>re</sup> Civ., 27 novembre 2008, *Bull.* 2008, I, n° 273, pourvoi n° 07-15.963). Sa responsabilité peut être engagée non seulement en cas de faute technique, mais encore en cas de faute d'humanisme, laquelle trouve sa traduction fréquente dans le manquement à l'obligation d'information et au droit du patient à consentir, de manière éclairée, à l'acte médical.

La preuve du respect de cette obligation incombe au médecin (1<sup>re</sup> Civ., 25 février 1997, *Bull.* 1997, I, n° 75, pourvoi n° 94-19.685), qui peut la rapporter par tous moyens, y compris par présomptions. Toutefois, le débiteur de l'obligation ne peut invoquer le fait que d'autres aient pu, ou dû, donner l'information à sa place.

Ainsi, le manquement à l'obligation d'information a pu être invoqué à l'encontre du praticien qui avait procédé à une ligature des trompes de la patiente sans avoir obtenu son consentement préalable (1<sup>re</sup> Civ., 11 octobre 1988, *Bull.* 1988, I, n° 280, pourvoi n° 86-12.832), ou pour avoir modifié une stratégie sans raisons valables ni consentement de l'intéressée, dans le cadre d'une opération de chirurgie esthétique en prélevant un lambeau cutané sur un endroit du corps qui n'avait pas été celui convenu avec la patiente (1<sup>re</sup> Civ., 14 janvier 1992, *Bull.* 1992, I, n° 16, pourvoi n° 90-10.870).

Dans toutes ces hypothèses, le critère pour retenir la responsabilité du médecin était l'existence d'un préjudice corporel en lien avec le manquement à l'obligation d'information. Dès lors, un problème essentiel demeurait : l'exécution parfaite de l'obligation de soin pouvait-elle justifier de priver de son caractère fautif la violation du devoir d'informer le patient ? Cette difficulté soulignée dans l'étude sur le droit médical publiée dans le *Rapport de la Cour de cassation* de l'année 2007 vient de trouver sa résolution dans l'arrêt ici présenté.

En effet, le manquement à l'obligation d'information pesant sur le médecin, laquelle est devenue avec la loi du 4 mars 2002 un droit du malade, ne donnait jusqu'ici lieu à sanction que s'il en résultait un préjudice, qui se limitait à la perte de chance d'éviter le risque qui s'est réalisé. C'est-à-dire à la condition que le juge du fond estime que les informations données auraient été de nature à dissuader le patient de subir l'intervention litigieuse (1<sup>re</sup> Civ., 20 juin 2000, *Bull.* 2000, I, n° 193, pourvoi n° 98-23.046 ; voir aussi, sur la réparation

du préjudice résultant du manquement à l'obligation d'information du médecin : 1<sup>re</sup> Civ., 7 décembre 2004, *Bull.* 2004, I, n° 302, pourvoi n° 02-10.957 ; 1<sup>re</sup> Civ., 7 février 1990, *Bull.* 1990, I, n° 39, pourvoi n° 88-14.797 ; 1<sup>re</sup> Civ., 29 juin 1999, *Bull.* 1999, I, n° 220, pourvoi n° 97-14.254 ; Conseil d'État, 19 mai 2004, n° 216039, publié au *Recueil Lebon*).

Cette solution aboutissait à écarter certains types de préjudices moraux tels que le préjudice lié à l'impréparation du malade. Ainsi, la juridiction qui écartait la perte de chance d'échapper au risque qui s'était réalisé, en estimant que l'opération était indispensable et que l'intéressé correctement informé n'y aurait pas renoncé, ne pouvait réparer d'autres chefs de préjudice, tel le préjudice moral résultant des souffrances morales endurées par un patient non informé des risques encourus et qui se trouvait atteint d'une hémiparésie à la suite de l'opération (1<sup>re</sup> Civ., 6 décembre 2007, *Bull.* 2007, I, n° 380, pourvoi n° 06-19.301). Cette solution, tout en revenant sur une jurisprudence ancienne, tirait les conséquences d'une logique qui liait la sanction de l'obligation à la preuve d'une perte de chance et qui faisait de l'obligation d'information une obligation contractuelle sanctionnée au visa de l'article 1147 du code civil. Et ce, alors qu'elle pouvait, avant même l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, être rattachée à une obligation légale découlant de l'article 16-3 du code civil qui pose le principe d'un droit personnel à être informé et associé pleinement aux décisions portant atteinte à l'inviolabilité de son propre corps.

Ce fondement légal et non plus contractuel du devoir d'informer, devenu avec la loi du 4 mars 2002 un droit du malade, invitait à envisager la sanction de l'obligation d'information de façon totalement indépendante de la notion de perte de chance. Cette orientation soutenue par une partie de la doctrine apparaissait encore en 2007 « bien éloignée des solutions jurisprudentielles, qui réaffirment avec vigueur que le manquement à l'obligation d'information ne peut déboucher que sur une éventuelle indemnisation de la perte de chance – à savoir un préjudice apprécié par rapport aux effets indésirables et non envisagés par le patient par suite du défaut d'information – et non sur l'indemnisation d'un préjudice moral apprécié par rapport à un droit personnel à être informé et à consentir à l'atteinte corporelle à l'origine de séquelles » (*Rapport de la Cour de cassation* 2007, p. 230).

C'est précisément cette évolution majeure qu'apporte l'arrêt ici présenté. Cet arrêt, tout en marquant une rupture par rapport à la tendance jurisprudentielle la plus récente, s'inscrit néanmoins dans la continuité d'une évolution antérieure (cf. 1<sup>re</sup> Civ., 9 octobre 2001, *Bull.* 2001, I, n° 249, pourvoi n° 00-14.564).

Le patient n'avait pas été averti des risques inhérents à l'intervention et s'en plaignait, alors même que le choix qui s'offrait à lui était des plus limités. En effet, refusait-il l'intervention, il s'exposait à un risque d'infection ; au contraire, acceptait-il l'intervention et il courait le risque d'impuissance qui s'est réalisé.

C'est la raison pour laquelle la cour d'appel, faisant application de la jurisprudence habituelle, avait considéré que le défaut d'information ne pouvait pas donner lieu à réparation puisqu'il n'en était résulté pour le patient aucune perte de chance d'éviter le dommage. Elle avait en effet considéré la nécessité et l'urgence de l'intervention afin d'enlever la sonde qui exposait le patient à un risque majeur d'infection, puisque l'arrêt retient qu'« outre que l'adénomectomie était justifiée et a été effectuée dans les règles de l'art, l'expert judiciaire

précise qu'il n'y avait pas d'autre alternative et qu'elle devait être pratiquée sans tarder en raison du risque d'infection que faisait courir la sonde vésicale ; aussi est-il peu probable que [M. X...], dûment averti des risques de troubles érectiles qu'il encourait du fait de cette intervention, aurait renoncé à celle-ci et continué à porter une sonde vésicale qui non seulement lui faisait courir des risques importants de contracter une infection grave mais lui interdisait aussi toute activité sexuelle [...] ; en outre la prise de recul dont il indique avoir été privé n'aurait conduit qu'à aggraver le risque d'infection généré par le port d'une sonde vésicale ».

La solution retenue par la cour d'appel était conforme à la jurisprudence habituelle qui liait l'indemnisation du défaut d'information à un risque médical (la perte de chance d'éviter le dommage) : en ce sens, 1<sup>re</sup> Civ., 13 novembre 2002, *Bull.* 2002, I, n° 265, pourvoi n° 01-00.377 ; 1<sup>re</sup> Civ., 4 février 2003, *Bull.* 2003, I, n° 40, pourvoi n° 00-15.572 ; 1<sup>re</sup> Civ., 6 décembre 2007, *Bull.* 2007, I, n° 380, pourvoi n° 06-19.301. Toutefois, le grief fait à l'arrêt était précisément d'ignorer le devoir d'information et le droit du malade à être informé dans tous les cas (sauf impossibilité due à l'urgence notamment).

La solution retenue se rattache au principe posé dans un arrêt fondateur qui affirme que le « devoir d'information [du médecin] vis-à-vis de son patient [...] trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » (1<sup>re</sup> Civ., 9 octobre 2001, *Bull.* 2001, I, n° 249, pourvoi n° 00-14.564).

L'évolution jurisprudentielle est une des conséquences du principe affirmé dans cet arrêt de 2001. Elle s'inscrit aussi dans le contexte d'un renforcement du droit à un consentement libre et éclairé, résultant de l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui impose, outre le « droit [de toute personne] à son intégrité physique et mentale », que « dans le cadre de la médecine et de la biologie, doivent notamment être respectés [...] le consentement libre et éclairé de la personne concernée, selon les modalités définies par la loi ».

Cette évolution pouvait prendre appui sur deux droits de la personnalité : le droit au respect de l'intégrité corporelle, lequel suppose qu'aucune atteinte ne puisse y être portée sans le consentement éclairé de son titulaire (article 16-3 du code civil), mais encore le droit au respect de la dignité de la personne (consacré à l'article 16 du code civil). Ce sont ces deux fondements qui ont été retenus par l'arrêt.

Tout d'abord, cette évolution majeure fait du droit à être informé en matière médicale un droit découlant de la loi, ce qui explique le visa de l'article 1382 au lieu de l'article 1147 du code civil habituellement visé. Ainsi s'opère un rapprochement par rapport aux droits de la personnalité : sur le fondement de l'article 9 du code civil « la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation » (1<sup>re</sup> Civ., 25 février 1997, *Bull.* 1997, I, n° 73, pourvoi n° 95-13.545 ; 1<sup>re</sup> Civ., 5 novembre 1996, *Bull.* 1996, I, n° 378, pourvoi n° 94-14.798). De même, l'atteinte au droit de propriété littéraire et artistique constitue en elle-même un préjudice réparable (1<sup>re</sup> Civ., 11 octobre 1983, *Bull.* 1983, I, n° 225, pourvoi n° 82-11.458). Or, le corps humain en tant que tel est inviolable (article 16-1, alinéa 2, du code civil), ceci résultant de ce que le corps humain est le *substratum* de la personne et que, dès lors, porter atteinte au corps humain revient à porter atteinte à la personne humaine. C'est tout le sens du présent arrêt et de l'arrêt précité du 9 octobre 2001 : ils visent à offrir une protection

de même niveau au corps humain, et à travers lui à la personne humaine, que la protection offerte à la vie privée notamment.

C'est la raison pour laquelle partant de l'obligation légale de respecter l'être humain (article 16) et le consentement de l'intéressé chaque fois qu'il est envisagé de porter atteinte à l'intégrité de son corps (article 16-3, alinéa 2), l'arrêt affirme qu'indépendamment de toute appréciation de l'existence d'une perte de chance (en l'espèce il n'y en avait aucune) l'obligation d'information relève d'une obligation légale (visa de l'article 1382 du code civil). Et ces principes étant posés, l'arrêt affirme que le non-respect du devoir d'information, cause nécessairement à celui auquel l'information était légalement due un préjudice que le juge ne peut laisser sans réparation.

Cet arrêt doit être rapproché de celui rendu le 28 janvier 2010 (1<sup>re</sup> Civ., 28 janvier 2010, *Bull.* 2010, I, n° 20, pourvoi n° 09-10.992) qui, s'agissant d'un fait dommageable apparu postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, abandonne le fondement de l'article 1147 du code civil pour ne viser que les articles 16-3 du code civil et L. 1142-1 du code de la santé publique, en unifiant ainsi le fondement juridique de la responsabilité médicale.

Alors que l'on se situe sous l'empire du droit antérieur à la loi du 4 mars 2002, cet arrêt relie l'obligation d'information à une obligation légale, rompant ainsi avec la jurisprudence Mercier (Civ., 20 mai 1936, *DP* 1936, I, p. 88) qui sanctionnait le manquement aux obligations nées du contrat liant le médecin à son patient.

Cette jurisprudence nouvelle, prolongeant l'arrêt Teyssier (Req., 8 janvier 1942, *Gaz. Pal.* 1942, I, p. 177), rappelle ce que recouvre à la fois la faute d'humanisme du médecin vis-à-vis du patient, et le droit qu'à le patient de conserver la maîtrise de sa destinée.

**Professions médicales et paramédicales – Médecin – Responsabilité contractuelle – Faute – Réparation du préjudice direct et certain – Condition suffisante – Disparition d'une éventualité favorable – Portée**  
*1<sup>re</sup> Civ., 14 octobre 2010, Bull. 2010, I, n° 200, pourvoi n° 09-69.195*

Cet arrêt vaut moins par l'illustration de la causalité appliquée au préjudice résultant d'une perte de chance que par le visa qu'il utilise au fondement de la cassation.

Une patiente, mère de famille nombreuse, était décédée d'un syndrome respiratoire aigu à la suite d'une grippe. Les juges du fond avaient admis que, si le médecin traitant avait donné des soins consciencieux, attentifs et diligents, l'hospitalisation aurait dû intervenir plus tôt. Néanmoins, la cour d'appel avait rejeté la responsabilité au motif que, certes, l'antibiothérapie aurait été alors avancée mais qu'aucun élément médical ne permettait de dire que cela aurait évité la dégradation de l'état de santé de la malade et son décès, la cause du syndrome respiratoire demeurant inconnue, de sorte qu'il n'était pas établi que la faute du médecin, d'ailleurs non contestée, avait fait perdre à sa patiente une chance de survie.

L'arrêt ne pouvait qu'être censuré, dans la mesure où les raisons données par les juges du fond pour ne pas retenir le lien de causalité, lesquelles auraient été pertinentes si la réparation de l'entier dommage avait été demandée, ne l'étaient plus au regard d'une simple

perte de chance. En effet, la perte de chance, préjudice autonome, intervient toujours dans une situation d'incertitude relative. Il faut mais il suffit de constater que, si la faute n'avait pas été commise, le dommage avait des chances de ne pas se produire. C'était évidemment le cas en l'espèce, peu important qu'il n'y ait aucune certitude quant à l'efficacité d'un traitement commencé plus tôt ou que la cause exacte du décès ne soit pas connue.

Mais l'intérêt principal de l'arrêt est qu'il substitue au fondement contractuel de l'article 1147 du code civil, invoqué par le pourvoi, sur lequel repose toute la responsabilité médicale depuis l'arrêt Mercier (Civ., 20 mai 1936, *DP* 1936, 1, p. 88), l'article L. 1142-1-1 du code de la santé publique, selon lequel « les professionnels de santé [...] ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute ».

Cet article se situe dans le droit fil de la jurisprudence antérieure, la responsabilité pour faute ayant pris la suite de l'obligation de moyens. La Cour de cassation affirme ainsi que, pour les soins dispensés après le 5 septembre 2001, date d'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, la responsabilité des professionnels de santé est devenue une responsabilité légale. Les obligations de ces derniers sont en effet entièrement définies par la loi, de sorte que le fondement contractuel, qui a pu s'imposer naguère, revêt à présent un caractère artificiel. La teneur des obligations légales ne diffère guère de celles qu'avait dégagées la jurisprudence, même si la perspective est désormais celle d'un droit de la personne malade : à l'ancienne formule de l'arrêt Mercier (les « soins consciencieux, dévoués, attentifs et conformes aux données acquises de la science ») fait désormais écho l'article L. 1110-5 du code de la santé publique, aux accents il est vrai plus techniques, en vertu duquel « toute personne a [...] le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées ».

Mais le fondement légal a, par rapport au fondement contractuel, l'avantage de la simplification, en ne distinguant plus selon que la victime est le patient lui-même ou un tiers, ni selon que les soins ont été prodigués dans le secteur public ou privé.

#### 4 – Santé publique

Santé publique – Protection des personnes en matière de santé – Réparation des conséquences des risques sanitaires – Risques sanitaires résultant du fonctionnement du système de santé – Indemnisation des victimes – Indemnisation par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux – Complément d'indemnisation – Possibilité – Cas – Préjudices non indemnisés ayant pour seule origine un accident médical non fautif

*1<sup>re</sup> Civ., 11 mars 2010, Bull. 2010, I, n° 63, pourvoi n° 09-11.270*

Cet arrêt écarte le caractère subsidiaire de l'intervention, au titre de la solidarité nationale, de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM), lorsque la responsabilité d'un professionnel de santé est engagée en vertu d'une méconnaissance de son devoir d'information à l'origine d'une perte de chance, pour le malade, d'éviter le dommage en refusant l'intervention proposée.



Le patient, opéré d'une hernie discale le 23 mars 2004, s'était réveillé paraplégique. Il avait agi en justice à la fois contre le chirurgien et contre l'ONIAM. La cour d'appel, exonérant le praticien de toute faute dans le choix de l'intervention ou sa réalisation, l'avait toutefois condamné, estimant qu'il ne rapportait pas la preuve de son devoir d'information avant cette intervention à risques, à hauteur de 80 % représentant le pourcentage de la chance perdue. Elle avait également mis l'ONIAM hors de cause. Un pourvoi principal, qui a été rejeté, critiquait l'arrêt pour avoir engagé la responsabilité du chirurgien. Mais un pourvoi incident, formé par le patient, et qui fait tout l'intérêt de l'arrêt, reprochait à la cour d'appel d'avoir mis l'ONIAM hors de cause au motif que « dans l'hypothèse d'une faute du praticien et quelle que soit la faute », l'indemnisation est à la charge de ce dernier, « l'obligation d'indemnisation au titre de la solidarité nationale n'étant que subsidiaire ».

Le moyen soutenait au contraire que « lorsqu'un accident médical n'est que pour partie la conséquence d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins engageant la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé, le juge doit déterminer la part de préjudice imputable à la responsabilité et celle relevant d'une indemnisation au titre de l'ONIAM ».

L'arrêt attaqué, et l'ONIAM, invoquaient l'article L. 1142-1 I et II du code de la santé publique, résultant de la loi du 4 mars 2002, et selon lequel :

« I – [...] les professionnels de santé [...] ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. [...]

II – Lorsque la responsabilité d'un professionnel [...] n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret [...].

Ouvre droit à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale un taux d'incapacité permanente supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret ; ce pourcentage, au plus égal à 25 %, est déterminé par ledit décret ». (Le pourcentage est actuellement fixé à 24 %.)

En simplifiant ce raisonnement, on pouvait dire que, comme la responsabilité d'un professionnel de santé était engagée, fût-ce pour méconnaissance de son devoir d'information, l'intervention de l'ONIAM, subsidiaire, était exclue. Mais le pourvoi reposait sur un autre texte, l'article L. 1142-18 du même code, dont le champ d'application n'est pas précisé, relatif à la phase non contentieuse de l'indemnisation par l'intermédiaire des commissions régionales d'indemnisation (CRCI), en vertu duquel « lorsque la commission estime qu'un accident médical n'est que pour partie la conséquence d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins engageant la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé, elle détermine la part de préjudice imputable à la responsabilité et celle relevant d'une indemnisation au titre de l'office ».

En faisant le choix, par une interprétation combinée des deux textes, de consacrer la coexistence entre la réparation au titre de la responsabilité (les 80 %) et l'indemnisation par l'ONIAM (qui ne saurait excéder 20 %, la victime ne pouvant percevoir plus que l'intégralité

de son dommage), au motif que « ne peuvent être exclus du bénéfice de la réparation au titre de la solidarité nationale les préjudices, non indemnisés, ayant pour seule origine un accident non fautif », la Cour de cassation a consacré une solution conforme à l'esprit de la loi, laquelle avait pour but de ne pas laisser sans réparation les victimes d'accidents médicaux non fautifs du type de celui qui était survenu en l'espèce, lorsqu'ils atteignent le seuil de gravité prévu par décret. Mais elle a aussi fait ressortir que la faute du chirurgien n'était pas à l'origine du dommage et avait seulement fait perdre au patient des chances, même très conséquentes, de l'éviter. En cela, l'arrêt doit être rapproché de celui du 3 juin 2010 (*Bull.* 2010, I, n° 128, pourvoi n° 09-13.591), commenté plus haut dans le présent *Rapport*, qui affirme lui aussi l'autonomie du préjudice résultant du défaut d'information en admettant sa réparation indépendamment de tout dommage corporel.

## 5 – Produits défectueux

**Responsabilité du fait des produits défectueux – Produit – Défectuosité – Lien de causalité avec le dommage – Présomptions graves, précises et concordantes – Appréciation souveraine des juges du fond – Portée**  
*1<sup>re</sup> Civ., 25 novembre 2010, Bull. 2010, I, n° 245, pourvoi n° 09-16.556*

L'arrêt commenté se situe dans la ligne de ceux rendus par la première chambre le 22 mai 2008 (cf. *Rapport annuel* 2008, p. 318). En effet, ces arrêts avaient précisé les conditions de la responsabilité de fabricants d'un vaccin contre l'hépatite B à la suite de l'apparition chez les personnes vaccinées de la sclérose en plaques, imputée à la vaccination et avaient admis que la preuve du défaut du vaccin et du lien de causalité entre ce défaut et le dommage pouvait être apportée au moyen de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes, conformément aux dispositions de l'article 1353 du code civil.

Conformément à une jurisprudence constante, de telles présomptions relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond. En l'espèce, la personne, qui recherchait la responsabilité du fabricant du vaccin auquel elle imputait l'apparition de sa pathologie, avait été vaccinée contre l'hépatite B en juin 1994, janvier et juin 1995 et avait présenté, quinze jours après la dernière injection, des symptômes qui avaient ultérieurement abouti au diagnostic de la sclérose en plaques.

La cour d'appel de Paris, par arrêt du 19 juin 2009, a considéré que « le fait que des troubles susceptibles d'être les premiers symptômes de la sclérose en plaques aient été rapportés par [la plaignante] peu de temps après la dernière injection [du vaccin] et aient justifié la consultation [d'un médecin] alors que l'intéressée ne présentait pas d'antécédents connus, peut conduire à envisager l'éventualité d'un lien avec la vaccination; que cependant ces seuls éléments ne constituent pas en l'état des présomptions graves, précises et concordantes permettant de retenir l'existence même de ce lien [...]; qu'en l'absence d'éléments suffisants sur l'étiologie de la sclérose en plaques et l'implication de la vaccination dans le processus de survenue de cette maladie, une inversion du rapport bénéfice/risque du vaccin ne peut être retenue ».

C'est cette absence de contrôle, fondée sur l'appréciation souveraine de la cour d'appel, que la Cour de cassation a consacrée en rejetant le pourvoi qui reprochait à la cour d'appel

de n'avoir pas tiré les conséquences légales de ses constatations. Il y a lieu de noter que, dans une affaire qui présentait les mêmes données factuelles, la première chambre avait déjà abandonné à l'appréciation souveraine des juges du fond les présomptions graves, précises et concordantes dont ils avaient tiré les conséquences exactement inverses à celles de la cour d'appel de Paris (1<sup>re</sup> Civ., 9 juillet 2009, *Bull.* 2009, I, n° 176, pourvoi n° 08-11.073).

Il apparaît ainsi que la solution concrète de chaque litige soumis aux juges du fond diffèrera selon les circonstances particulières à chaque espèce, en fonction des éléments de fait soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond et de l'exercice que ceux-ci feront de cette appréciation. De son côté, le Conseil d'État retient le bref délai entre la vaccination et l'apparition de la maladie comme permettant l'imputabilité d'une affection démyélinisante à la vaccination contre l'hépatite B (CE, 24 juillet 2009, n° 308876).

On peut penser que la cour d'appel de Paris a certainement été sensible à l'absence de preuve scientifique de l'étiologie de la sclérose en plaques, sans pour autant en faire le point central de sa motivation, ce qui aurait été censuré. Elle s'est donc inscrite dans la jurisprudence initiée par les arrêts de 2008 pour exclure la responsabilité du fabricant du vaccin.

## 6 – Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante

Fonds de garantie – Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante –  
Demande d'indemnisation – Prescription – Prescription quadriennale –  
Délai – Point de départ – Détermination

*2<sup>e</sup> Civ., 3 juin 2010, Bull. 2010, II, n° 102, pourvoi n° 09-13.372*

*2<sup>e</sup> Civ., 3 juin 2010, Bull. 2010, II, n° 103, pourvoi n° 09-13.373*

*2<sup>e</sup> Civ., 3 juin 2010, Bull. 2010, II, n° 104, pourvoi n° 09-14.605*

Par la loi n° 2000-1257, du 23 décembre 2000, le législateur a institué le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) pour permettre l'indemnisation rapide et intégrale des victimes, prises en charge au titre de la législation professionnelle ou non, d'une pathologie liée à une exposition à l'amiante. Mais la loi, de même que le décret d'application n° 2001-963, du 23 octobre 2001, étaient demeurés silencieux sur la question de la prescription applicable aux demandes d'indemnisation adressées au FIVA par les victimes.

Par trois arrêts rendus le 3 juin 2010, la deuxième chambre civile, à la suite d'un avis du 18 janvier 2010 (*Bull.* 2010, Avis, n° 1, pourvoi n° 09-00.004), a tranché cette question ainsi que divers points relatifs au régime juridique applicable.

Se prononçant dans le même sens que la formation pour avis, elle retient en premier lieu que les demandes d'indemnisation adressées au FIVA sont soumises à la prescription quadriennale prévue par l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 68-1250, du 31 décembre 1968.

Cette solution est fondée sur le domaine d'application de cette loi spéciale qui s'applique aux établissements publics administratifs dotés d'un comptable public, tels que le FIVA. Dans les arrêts rendus sur les pourvois n° 09-13.372 et n° 09-13.373, il est précisé que cette solution se justifie également par l'idée que le FIVA n'est pas un simple débiteur réel de l'indemnisation dont l'État demeurerait le débiteur légal. Le droit à réparation intégrale des victimes d'une maladie imputable à une exposition à l'amiante naît directement

de l'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 qui rend le fonds personnellement débiteur du montant de l'indemnisation.

L'application de la loi du 31 décembre 1968 est limitée à son article 1<sup>er</sup>, à l'exclusion des autres éléments du régime juridique, qui continuent de relever du droit privé, notamment en ce qui concerne les causes de suspension et les causes d'interruption.

Se trouvaient donc ainsi exclu le droit commun de dix ans de la prescription en matière extracontractuelle prévu à l'article 2226 du code civil, *a fortiori* l'idée d'une imprescriptibilité de droit que certains fondaient sur des impératifs de solidarité nationale.

La deuxième chambre civile s'est également prononcée, dans l'arrêt rendu sur le pourvoi n° 09-14.605, en faveur de l'absence d'effet interruptif sur la prescription de la demande d'indemnisation adressée au FIVA de l'action intentée par la victime devant la juridiction de sécurité sociale tendant à la déclaration de la faute inexcusable de l'employeur. Elle a justifié cette solution par l'absence d'identité d'objet et de parties des deux actions. La solution est conforme à celle de l'avis du 18 janvier 2010 qui n'était pas motivé. La deuxième chambre civile n'a cependant pas eu l'occasion de se prononcer sur l'absence d'effet interruptif de la saisine de la juridiction de sécurité sociale tendant à la reconnaissance de la maladie professionnelle, solution également retenue par l'avis.

Enfin, la deuxième chambre civile a également retenu, dans les trois arrêts, une décision conforme à l'avis du 18 janvier 2010 concernant le point de départ de la prescription, en explicitant les différents cas de figure.

La règle générale est que le délai de prescription ne peut pas commencer à courir tant que la consolidation, seul point de départ connu de l'article 2226 du code civil et de la jurisprudence (2<sup>e</sup> Civ., 19 février 2009, pourvoi n° 07-20.499, pour une hypothèse de consolidation tardive), n'a pas été constatée, celle-ci étant, dans les maladies évolutives, hypothétique (mais non inexistante). Se trouvent donc exclus du débat les points de départ alternatifs à la consolidation, y compris la notification de l'offre d'indemnisation, solution qui consistait à faire prescrire l'acceptation de l'offre, mais qui est incompatible avec l'arrêt par lequel la Cour de cassation a mis fin à une divergence de jurisprudence avec le Conseil d'État concernant l'application de la loi du 31 décembre 1968 (Ass. plén., 6 juillet 2001, *Bull.* 2001, Ass. plén., n° 9, pourvoi n° 98-17.006).

Échappent donc à la prescription, faute de caractérisation du point de départ du délai, toutes les victimes pour lesquelles la consolidation n'a pas été constatée au jour de la demande d'indemnisation, l'une des hypothèses de consolidation étant le décès de la victime lorsque c'est la prescription de l'action successorale des ayant droits qui est concernée.

Il convient pour le surplus de distinguer selon que la consolidation est survenue antérieurement à la loi du 23 décembre 2000 ou postérieurement.

Si elle est antérieure, le point de départ du délai de prescription doit être reculé à la date de l'entrée en vigueur du décret d'application n° 2001-963, du 23 octobre 2001 par application de la maxime « *contra non valentem agere non currit praescriptio* » (la prescription ne court pas contre celui qui se trouve dans l'impossibilité d'agir) dès lors que le droit à indemnisation de la victime naît de l'article 53 de la loi du 23 décembre 2000. La deuxième

chambre civile, de même que la formation pour avis, n'a cependant pas voulu priver les victimes de la date que proposait le FIVA en retenant une conception plus concrète de la date à laquelle les victimes ont été mises en mesure d'agir, à savoir le 21 janvier 2003, date de l'adoption du barème indicatif d'indemnisation. Aussi, dès lors que dans le dossier soumis au juge du fond, le FIVA propose que la prescription ne commence à courir qu'à compter d'une date postérieure à l'entrée en vigueur du décret du 23 octobre 2001, il est possible à la cour d'appel de retenir cette date, plus favorable aux victimes.

Si la consolidation est postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 2000, le point de départ est fixé au premier jour de l'année suivant celle-ci, considérée comme « jour où les droits ont été acquis », selon les termes de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1968. (« Sont prescrites, au profit de l'État, des départements et des communes, sans préjudice des déchéances particulières édictées par la loi, et sous réserve des dispositions de la présente loi, toutes créances qui n'ont pas été payées dans un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis. Sont prescrites, dans le même délai et sous la même réserve, les créances sur les établissements publics dotés d'un comptable public. »)

Les solutions de principe dégagées dans ces arrêts ont été ultérieurement confirmées par quatre arrêts non publiés de la deuxième chambre civile rendus le 8 juillet 2010 (pourvois n° 09-15.952, 09-70.493, 09-15.016 et 09-68.057).

Elles sont cependant été remises en cause, s'agissant du délai et du point de départ, par l'article 92 de la loi n° 2010-1594, du 20 décembre 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011, modifiant l'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 qui prévoit en effet un délai de prescription de dix ans à compter de la date du premier certificat médical établissant le lien entre la maladie et l'exposition à l'amiante. Des dérogations concernant le point de départ sont prévues en cas d'aggravation du préjudice ou de décès de la victime directe, ainsi qu'une réouverture des droits des victimes, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2011 et pour une durée de trois ans, pour ceux à qui le fonds a opposé la prescription et dont l'action serait éteinte selon la prescription ancienne sans l'être selon la prescription nouvelle.

## **B – Sécurité sociale**

### **Sécurité sociale, accident du travail – Faute inexcusable de l'employeur – Invocation – Exclusion – Cas – Accident de trajet**

*2<sup>e</sup> Civ., 8 juillet 2010, Bull. 2010, II, n° 140, pourvoi n° 09-16.180*

L'accident de trajet, défini par l'article L. 411-2 du code de la sécurité sociale comme l'accident survenu pendant le trajet aller-retour jusqu'au lieu de travail, se distingue de l'accident du travail tant par ses conditions de reconnaissance que par son régime d'indemnisation et de cotisations.

La victime d'un accident de trajet peut-elle invoquer l'existence d'une faute inexcusable de l'employeur en application de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale ? Telle était la question posée à la deuxième chambre civile par le pourvoi.

L'accident de trajet a toujours été considéré tant par la doctrine que par la jurisprudence comme une notion autonome. Un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 5 novembre 1992 a affirmé clairement cette autonomie en considérant que constitue un accident de trajet tout accident dont est victime le travailleur à l'aller et au retour entre le lieu où s'accomplit son travail et sa résidence dans des conditions où il n'est pas encore ou n'est plus soumis aux instructions de l'employeur (Ass. plén., 5 novembre 1992, *Bull.* 1992, Ass. plén., n° 11, pourvoi n° 89-17.472). L'accident de trajet est donc celui qui survient alors que le pouvoir de direction de l'employeur ne s'exerce pas sur le salarié.

S'inscrivant dans cette logique d'autonomie, la deuxième chambre civile a considéré, dans un arrêt du 10 décembre 2008, qu'en l'état d'un accident de trajet, la faute inexcusable de l'employeur n'a pas à être recherchée sur le fondement de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale, qui n'est applicable qu'aux accidents du travail (2<sup>e</sup> Civ., 10 décembre 2008, pourvoi n° 07-19.626).

Le présent arrêt conforte la solution en posant un principe : la victime d'un accident de trajet ne peut invoquer à l'encontre de son employeur l'existence d'une faute inexcusable. Ce faisant, la deuxième chambre civile limite strictement le domaine de l'action du salarié sur le fondement de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale.

On observera que l'espèce soumise à la Cour constituait un cas particulier se situant à la frontière entre l'accident de travail et l'accident de trajet. La salariée, affectée à un poste de travail de nuit, avait été victime d'un accident de la circulation en début d'après-midi alors qu'elle se rendait sur son lieu de travail au volant de son véhicule personnel à la demande de son employeur. Ayant travaillé toute la nuit de 2 heures du matin à 10 heures, elle n'avait pas bénéficié du repos quotidien d'une durée minimale de onze heures consécutives imposé par l'article L. 3131-1 du code du travail. Par là même, la violation de l'obligation de sécurité de résultat était établie. La cour d'appel en avait déduit que l'employeur avait commis une faute inexcusable et avait accueilli les demandes de la salariée.

L'arrêt est censuré. Dès lors que l'accident est qualifié d'accident de trajet, la faute inexcusable de l'employeur ne peut être invoquée. Si, dans un arrêt de la chambre sociale du 26 février 1986 (*Bull.* 1986, V, n° 44, pourvoi n° 84-12.986), elle avait jugé, dans une espèce assez similaire, que la faute inexcusable de l'employeur devait être retenue dans le cas d'un accident de trajet causé par l'inobservation par l'employeur des règles de sécurité, la Cour de cassation adopte désormais une interprétation stricte du champ d'application de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale fondée sur l'autonomie de l'accident de trajet, considéré comme extérieur à la sphère d'exercice du pouvoir de direction de l'employeur.

La Cour entérine ici les conséquences de la loi n° 63-820, du 6 août 1963 qui a modifié la législation sur les accidents de trajet. Ce texte a été codifié dans l'article L. 455-1 du code de la sécurité sociale qui dispose que si l'accident dont le travailleur est victime dans les conditions prévues à l'article L. 411-2 est causé par l'employeur ou ses préposés ou, plus généralement, par une personne appartenant à la même entreprise que la victime, il est fait application, à l'encontre de l'auteur responsable de l'accident, des articles L. 454-1 et L. 455-2. Or l'article L. 454-1 précité prévoit que si la lésion est imputable à une personne autre que l'employeur, la victime ou ses ayants droit conserve contre l'auteur de l'accident le

droit de demander réparation du préjudice causé, conformément aux règles de droit commun dans la mesure où ce préjudice n'est pas réparé par l'application du présent livre. L'intention du législateur était ainsi de rattacher l'accident de trajet causé par l'employeur au régime du droit commun de la responsabilité. Un tel rattachement exclut l'application de la législation spécifique de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale.

**Sécurité sociale, assurances sociales – Maladie – Indemnité journalière –  
Suppression – Infraction au règlement des malades – Travail non autorisé**

*2<sup>e</sup> Civ., 9 décembre 2010, pourvoi n° 09-16.140, en cours de publication*

*2<sup>e</sup> Civ., 9 décembre 2010, pourvoi n° 09-14.575, en cours de publication*

*2<sup>e</sup> Civ., 9 décembre 2010, pourvoi n° 09-17.449, en cours de publication*

L'article L. 323-6 du code de la sécurité sociale prévoit que l'assuré se trouvant dans l'incapacité physique de continuer ou de reprendre le travail et bénéficiant à ce titre d'indemnités journalières versées par la caisse primaire d'assurance maladie doit respecter un certain nombre d'obligations, parmi lesquelles celle de s'abstenir de toute activité non autorisée. En cas d'inobservation volontaire de ces obligations, la caisse peut retenir, à titre de pénalité, tout ou partie des indemnités journalières dues.

La notion d'activité non autorisée est source d'un contentieux abondant pour les juridictions du fond. Elle donne lieu souvent à des interprétations divergentes.

La Cour de cassation a été amenée à statuer à nouveau sur cette question. Dans trois arrêts du 9 décembre 2010, elle a réaffirmé sa jurisprudence sur la notion d'activité non autorisée, tout en apportant des précisions sur certains points qui n'avaient pas encore été tranchés.

La jurisprudence a toujours affirmé de manière constante que l'assuré ne pouvait exercer pendant son arrêt de travail aucune activité qui n'a pas été autorisée. Ainsi, ont été considérées comme justifiées les sanctions de suppression des indemnités journalières prises par la caisse :

- lorsque l'assuré avait effectué des travaux de peinture pendant une période d'arrêt de travail (Soc., 6 novembre 1985, *Bull.* 1985, V, n° 518, pourvoi n° 84-11.543) ou des travaux de jardinage (Soc., 19 octobre 1988, *Bull.* 1988, V, n° 530, pourvoi n° 86-14.256);
- lorsque l'assuré était passé sur son lieu de travail signer des documents (Soc., 30 mai 1996, pourvoi n° 94-17.300);
- lorsque l'assuré, médecin exerçant sa profession à la fois à titre libéral et en qualité de salarié à temps partiel, avait continué à exercer son activité libérale à la suite d'arrêts de travail consécutifs à une maladie professionnelle contractée en milieu hospitalier (Soc., 12 décembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 382, pourvoi n° 01-20.189).

La solution ainsi dégagée sous l'empire des dispositions réglementaires des articles 37 et 41 du règlement intérieur modèle des caisses primaires d'assurance maladie pour le service des prestations des assurances sociales annexé à l'arrêté du 19 juin 1947 modifié, seuls textes alors applicables en la matière, a été maintenue après la promulgation de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 qui a inséré l'article L. 323-6 dans le code de la sécurité sociale.

Dans deux arrêts rendus le 25 juin 2009, la Cour de cassation a jugé que la suppression des indemnités journalières était justifiée s'agissant d'un assuré qui avait été surpris lors d'un

contrôle par un agent de la caisse au moment où il se livrait à des activités de bricolage sur un mur de sa propriété (2<sup>e</sup> Civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-14.670), mais également d'un autre assuré qui avait exercé, fût-ce de manière très limitée, des activités inhérentes à sa fonction de gérant d'une brasserie (2<sup>e</sup> Civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-17.594). L'assuré ne pouvait ainsi exercer sans autorisation de telles activités incompatibles avec l'arrêt de travail et le service des indemnités journalières.

La même solution a été adoptée pour une activité exercée à titre bénévole. Il s'agissait en l'espèce d'une activité de chant à laquelle une assurée s'était livrée lors de représentations publiques données par une association à laquelle elle adhérait (2<sup>e</sup> Civ., 9 avril 2009, pourvoi n° 07-18.294).

Les arrêts commentés s'inscrivent dans cette ligne jurisprudentielle et confortent la solution. Ils réaffirment qu'il résulte des articles L. 321-1 et L. 323-6 du code de la sécurité sociale que l'attribution d'indemnités journalières à l'assuré se trouvant dans l'incapacité physique de continuer ou de reprendre le travail est subordonnée à l'obligation pour le bénéficiaire de s'abstenir de toute activité non autorisée. Ainsi, doivent être considérés comme ayant manqué à leur obligation de s'abstenir de toute activité non autorisée l'assurée en arrêt de travail pour état dépressif qui participe pendant son arrêt de travail à une compétition sportive sans y être autorisée (1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> espèces) mais également l'assuré, représentant du personnel, qui a exercé son mandat de membre du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) durant son arrêt de travail pour maladie (3<sup>e</sup> espèce).

Au-delà de cette confirmation de jurisprudence, ces arrêts viennent apporter une clarification sur certains points spécifiques.

Ainsi, la Cour de cassation précise que l'autorisation doit être expresse et ne peut résulter de l'autorisation accordée par le médecin prescripteur de « sorties libres » pendant l'arrêt de travail. En effet, l'article L. 323-6 du code de la sécurité sociale impose également à l'assuré de respecter les heures de sortie autorisées par le praticien selon des modalités prévues par décret (article R. 323-11-1 du code de la sécurité sociale). Or, ce texte fait une distinction claire et précise entre les deux autorisations, l'une ne pouvant suppléer l'autre. Il en résulte qu'un assuré ne peut se prévaloir d'une autorisation de « sorties libres » accordée par le praticien pour faire reconnaître que l'activité exercée pendant ses heures de sortie était autorisée (1<sup>re</sup> espèce). De même, le représentant du personnel ne saurait invoquer le fait qu'il a exercé ses heures de délégation pendant les heures de sortie autorisées par le médecin prescripteur. L'autorisation d'exercer son mandat de représentant au sein du CHSCT ne pouvait résulter que d'une décision spécifique de ce médecin, nonobstant son accord pour des heures de sortie.

Ensuite, dans un des arrêts rendus (2<sup>e</sup> espèce), la Cour de cassation se prononce sur la question de la charge de la preuve de l'autorisation de pratiquer une activité pendant un arrêt de travail. Censurant les juges du fond qui s'étaient fondés sur le fait que les éléments produits par la caisse n'établissaient pas, en toute connaissance de cause, que l'assurée avait exercé une activité qui ne lui avait pas été préalablement autorisée par son médecin, la Cour de cassation décide qu'il appartient à l'assuré de prouver qu'il a été autorisé à pratiquer cette activité. La charge de la preuve de l'autorisation lui incombe donc.



Enfin, la Cour de cassation vient rappeler que, depuis la loi du 13 août 2004, il appartient aux juridictions du contentieux général de la sécurité sociale, saisies d'un recours formé contre la décision d'une caisse de retenir à titre de pénalité tout ou partie des indemnités journalières pour manquement du bénéficiaire à ses obligations, de contrôler l'adéquation du montant de la sanction prononcée par la caisse à l'importance de l'infraction commise par l'assuré (à rapprocher de 2<sup>e</sup> Civ., 8 avril 2010, *Bull.* 2010, II, n° 75, pourvoi n° 09-11.232).

**Pouvoir des juges – Applications diverses – Sécurité sociale – Accident du travail – Sanction – Adéquation – Appréciation**

2<sup>e</sup> Civ., 8 avril 2010, *Bull.* 2010, II, n° 75, pourvoi n° 09-11.232

**Pouvoir des juges – Applications diverses – Sécurité sociale – Assurances sociales – Maladie – Indemnité journalière – Sanction – Montant – Adéquation – Appréciation**

2<sup>e</sup> Civ., 8 avril 2010, *Bull.* 2010, II, n° 76, pourvoi n° 08-20.906

Le litige dont la Cour de cassation était saisie se rapportait à l'application des dispositions de l'article L. 471-1 du code de la sécurité sociale qui habilite la caisse primaire d'assurance maladie, lorsque l'employeur n'a pas procédé, ou n'a pas procédé dans les délais, à la déclaration d'un accident du travail ou bien encore s'est refusé à délivrer au salarié victime de l'accident une feuille accident de travail pour lui permettre d'obtenir le bénéfice de la dispense d'avance des frais auprès des professionnels de santé et établissements de soins, à poursuivre le remboursement de l'intégralité des dépenses faites à l'occasion de l'accident. Ces dispositions font l'objet d'une interprétation stricte et ne peuvent recevoir application que pour autant que l'employeur ne s'est pas conformé aux obligations qui lui incombent quant à la déclaration de l'accident et à la délivrance d'une feuille accident du travail (Soc., 4 mars 1999, pourvoi n° 97-13.378; Soc., 8 février 2001, pourvoi n° 99-18.423; Soc., 1<sup>er</sup> mars 2001, pourvoi n° 99-14.955; Soc., 10 janvier 2002, pourvoi n° 00-15.703; 2<sup>e</sup> Civ., 10 juin 2003, pourvoi n° 01-20.452 et 2<sup>e</sup> Civ., 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-16.053).

La jurisprudence a également précisé la nature de l'action en remboursement engagée par l'organisme de sécurité sociale : si celle-ci ne constitue pas une peine complémentaire de caractère pénal et échappe ainsi au champ d'application des dispositions des lois d'amnistie propres aux contraventions de police (Soc., 29 octobre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 470, pourvoi n° 97-11.885 [second moyen]; *RJS* 1998, n° 1544; *TPS* 1998, comm. n° 407, obs. X. Prétot), elle revêt, en revanche, le caractère d'une sanction à caractère de punition au sens des stipulations de l'article 6 § 1 [matière pénale] de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Soc., 29 octobre 1998, précité [premier moyen]). La Cour de cassation en a déduit qu'il appartenait au juge du contentieux général de la sécurité sociale de s'assurer tant de la régularité de la procédure suivie par l'organisme que de la matérialité des faits et de l'application des règles de droit servant de fondement à la décision litigieuse, un tel contrôle répondant à ses yeux aux exigences des stipulations susmentionnées de la Convention européenne (Soc., 29 octobre 1998, précité [premier moyen]). Cette jurisprudence reprenait, il convient de le souligner, la formule retenue, quatre ans auparavant, au sujet des sanctions prononcées par les organismes d'assurance maladie et maternité

à l'égard de leurs assurés (Soc., 16 juin 1994, *Bull.* 1994, V, n° 200, pourvoi n° 92-14.612; *D.* 1996, p. 38, obs. X. Prétot; *RJS* 1994, n° 906).

Le contentieux des sanctions excluait ainsi tout contrôle du juge sur l'adéquation de la sanction à la gravité des faits reprochés à l'utilisateur du service public, autrement dit tout contrôle du *quantum* des sanctions, le juge du fond qui procédait à un tel contrôle s'exposant, dès lors, à la cassation de sa décision. L'évolution était attendue toutefois en la matière. Saisie voici un an d'un pourvoi se rapportant à la suppression du bénéfice des indemnités journalières infligées à une assurée sociale qui n'avait pas informé l'organisme de l'adresse où elle pouvait être jointe, notamment pour la mise en œuvre du contrôle médical, la deuxième chambre civile a retenu, pour rejeter le pourvoi formé par l'organisme à l'encontre de la décision du tribunal des affaires de sécurité sociale qui, tout en reconnaissant la faute commise par l'intéressée, avait entendu réduire de moitié le *quantum* de la sanction, « qu'il appartient aux juridictions du contentieux général de la sécurité sociale d'apprécier l'adéquation du montant de la sanction prononcée par tout organisme social à l'importance de l'infraction commise par l'assuré » (2<sup>e</sup> Civ., 19 février 2009, *Bull.* 2009, II, n° 60, pourvoi n° 07-20.374; *RJS* 2009, n° 471).

On pouvait s'interroger toutefois sur la portée de la solution ainsi retenue, ne serait-ce que parce que le pourvoi se rapportait à une sanction infligée au titre du régime d'assurance maladie et maternité des travailleurs non salariés des professions non agricoles dont les textes n'avaient pas été modifiés, contrairement aux dispositions propres au régime général, dont la réécriture par les dispositions de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004, qui ont expressément étendu au *quantum* de la sanction le contrôle du juge du contentieux général sur les mesures de suspension ou de suppression des indemnités journalières (article L. 323-6 du code de la sécurité sociale). Toute ambiguïté est désormais levée, la Cour de cassation concluant en un motif de principe, au visa des stipulations de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, « qu'il appartient aux juridictions du contentieux général de la sécurité sociale d'apprécier l'adéquation d'une sanction à caractère punitif prononcée par un organisme de sécurité sociale à la gravité de l'infraction ».

La solution ainsi retenue dans le contentieux des sanctions prononcées par les organismes de sécurité sociale à l'encontre de leurs usagers s'inscrit dans le droit fil de l'évolution du droit répressif non pénal née de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour celle-ci, les exigences du droit au procès ne sont satisfaites en effet que pour autant que l'ensemble des éléments du litige font l'objet d'une appréciation par le juge; il en va ainsi *a fortiori* des contentieux ressortissant à la matière pénale, le juge devant disposer alors du « pouvoir de réformer en tous points, en droit comme en fait, la décision entreprise » (CEDH, 23 octobre 1995, *Schmautzer c. Autriche*, requête n° 15523/89 [contrôle des sanctions administratives en matière d'infractions à la circulation] – cf. également CEDH, 10 février 1983, *Albert et Le Compte c. Belgique*, requête n° 7299/75; CEDH, 21 février 1984, arrêt *Öztürk c. Allemagne*, requête n° 8544/79 ou CEDH, 13 mai 2003, *Chevol c. France*, requête n° 49636/99). La Cour de cassation s'est engagée dans une même voie, par exemple dans la matière des sanctions prononcées en matière fiscales (Com., 29 avril 1997, *Bull.* 1997, IV, n° 110, pourvoi n° 95-20.001; Com., 15 juin 1999, *Bull.* 1999, IV, n° 130, pourvoi n° 98-10.931, ou Com., 22 février 2000, *Bull.* 2000, IV, n° 39, pourvoi n° 97-17.822).

Le Conseil d'État procède également à une évolution de sa jurisprudence, conférant en particulier au contentieux des sanctions le caractère d'un contentieux de pleine juridiction – au sens du droit du contentieux administratif – (CE, 16 février 2009, n° 274000, publiée au *Recueil Lebon*; *AJDA* 2009, p. 583, chron. S.-J. Lidser et D. Botteghi. – Pour une application récente, cf. CE, 2 mars 2010, n° 324439).

**Mutualité – Mutuelle – Prestations – Niveau – Différences – Conditions – Détermination – Portée**

*2<sup>e</sup> Civ., 18 mars 2010, Bull. 2010, II, n° 63, pourvoi n° 09-10.241*

En application d'un protocole d'accord conclu entre la Mutuelle générale de l'éducation nationale (MGEN) et la Confédération nationale des syndicats dentaires (CNSD), le remboursement des frais de prothèse dentaire exposés par les adhérents de la mutuelle donne lieu à des tarifs distincts selon que ceux-ci se sont adressés à un praticien ayant adhéré au protocole d'accord ou bien à un praticien n'ayant pas adhéré. Ayant opté pour cette seconde formule, l'auteur du pourvoi n'avait pu obtenir ainsi, pour les soins dispensés, qu'un remboursement nettement moins favorable que celui applicable aux soins délivrés par les praticiens ayant adhéré au protocole d'accord.

Pour prononcer la cassation de la décision de la juridiction de proximité qui avait débouté l'intéressé de son action à l'encontre de la mutuelle, la Cour de cassation s'est fondée sur les dispositions de l'article L. 112-1, alinéa 3, du code de la mutualité (refondu par l'ordonnance n° 2001-350 du 19 avril 2001) selon lesquelles « les mutuelles et les unions visées au présent article ne peuvent instaurer de différences dans le niveau des prestations qu'en fonction des cotisations payées ou de la situation de famille des intéressés ». Le critère retenu par la mutuelle, à savoir le recours ou non à un praticien ayant adhéré au protocole d'accord conclu avec la Confédération nationale des syndicats dentaires, conduisant à l'application de tarifs différents pour un même acte (en l'espèce la pose de couronnes dentaires), la Cour de cassation en a déduit qu'il en résultait une différence dans le niveau des prestations de la mutuelle qui n'était fonction ni des cotisations payées, ni de la situation de famille des adhérents.

De la solution ainsi retenue, on rapprochera l'arrêt rendu, voici près de dix ans, par la Cour de cassation qui concluait à l'innocuité de la différenciation introduite par plusieurs mutuelles dans la prise en charge des médicaments et frais pharmaceutiques, dès lors que celle-ci s'inscrivait dans le cadre de deux garanties distinctes, chacune assortie de cotisations propres (Soc., 16 novembre 2000, *Bull.* 2000, V, n° 376, pourvoi n° 99-10.608; *TPS* 2001, comm. n° 33, obs. X. Prétot).

## VI – PROCÉDURE CIVILE ET ORGANISATION DES PROFESSIONS

### A – Arbitrage

Arbitrage – Sentence – Recours en annulation – Cas – Tribunal irrégulièrement composé – Applications diverses – Courant d'affaires entre un arbitre et les sociétés d'un même groupe

*1<sup>re</sup> Civ., 20 octobre 2010, Bull. 2010, I, n° 204, pourvoi n° 09-68.131*

*1<sup>re</sup> Civ., 20 octobre 2010, Bull. 2010, I, n° 204, pourvoi n° 09-68-997*

Exerçant une fonction juridictionnelle, l'arbitre doit être indépendant à l'égard de chacune des parties mais aussi à l'égard des autres membres du tribunal arbitral et cela, pour conserver sa liberté de jugement.

Tenant compte de la spécificité du juge privé qu'est l'arbitre, la jurisprudence considère que les causes du défaut d'indépendance de l'arbitre ne se limitent pas aux causes de récusation prévues pour les magistrats par l'article 341 du code de procédure civile mais résultent de toutes circonstances de nature à affecter le jugement de celui-ci.

L'arbitre est tenu de révéler tous faits de nature à créer dans l'esprit des parties un doute légitime sur son indépendance ou son impartialité. Le périmètre de cette obligation est plus large que les faits susceptibles de causer la récusation de l'arbitre. Une fois de tels faits révélés, l'arbitre ne peut être désigné qu'avec l'accord des deux parties. Le défaut de révélation est sanctionné par la récusation de l'arbitre, si le fait caché est connu lors de l'instance arbitrale, par la nullité de la sentence, s'il est connu après son prononcé. Encore faut-il qu'il porte atteinte à l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre.

S'agissant de la désignation habituelle d'un arbitre par l'une des parties, la jurisprudence a évolué. Elle a d'abord jugé que le fait pour un arbitre d'avoir été déjà désigné comme arbitre par l'une des parties ne mettait pas en cause son impartialité dès lors que cet arbitrage ne concernait pas les relations litigieuses des parties.

Puis la jurisprudence a durci sa position, les juges ayant été confrontés à de très nombreuses désignations du même arbitre par la même partie, de surcroît dans des affaires similaires.

Dans deux décisions, la cour d'appel de Paris a désigné des experts avec pour mission de déterminer la fréquence de désignation d'un même arbitre dans des litiges ayant pour objet des contrats de sous-traitance et des contrats de franchise (CA Paris, 16 mai 2002 et 2 avril 2003, *Rev. arb.* 2003, p. 1231, note Gaillard).

Dans les deux affaires commentées où les arbitres avaient été désignés l'un trente-quatre fois et l'autre cinquante et une fois par des sociétés du même groupe, la Cour de cassation, cassant les arrêts des cours d'appel et reprenant la formule de la cour d'appel de Paris (CA Paris, 29 janvier 2004, *Rev. arb.* 2005, p. 709, note M. Henry), a décidé que « le caractère systématique de la désignation d'une personne donnée par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et les sociétés du groupe parties à

la procédure de sorte que l'arbitre était tenu de révéler l'intégralité de cette situation à l'autre partie à l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation ».

## **B – Procédures civiles d'exécution**

### **Juge de l'exécution – Pouvoirs – Étendue – Allocation de dommages-intérêts en cas de résistance abusive du débiteur à l'exécution d'un titre exécutoire**

*2<sup>e</sup> Civ., 11 février 2010, Bull. 2010, II, n° 30, pourvois n° 08-21.787 et 08-21.788*

Par le présent arrêt, la deuxième chambre, revenant sur la jurisprudence antérieure selon laquelle le juge de l'exécution, statuant en matière d'astreinte, ne pouvait allouer des dommages-intérêts (2<sup>e</sup> Civ., 20 décembre 2001, pourvoi n° 99-21.315; 2<sup>e</sup> Civ., 22 février 2007, pourvoi n° 05-21.697; 3<sup>e</sup> Civ., 29 avril 2009, *Bull.* 2009, III, n° 96, pourvoi n° 08-12.952), décide que ce juge tient de l'article 23 de la loi n° 91-65 du 9 juillet 1991 le pouvoir d'allouer des dommages-intérêts en cas de résistance abusive à l'exécution d'un titre exécutoire.

Elle considère ainsi que ce texte a une portée générale et est autonome par rapport à l'article L. 213-6 du code de l'organisation judiciaire. Cette décision est en cohérence avec les précédents arrêts de la deuxième chambre civile :

- 2<sup>e</sup> Civ., 19 mars 2009, pourvoi n° 08-12.943, par laquelle il a été décidé que le juge de l'exécution doit, pour trancher la contestation qui lui est soumise, statuer sur le respect par les parties des obligations fondées sur le titre à l'origine des poursuites;
- 2<sup>e</sup> Civ., 18 juin 2009, *Bull.* 2009, II, n° 165, pourvoi n° 08-10.843, par laquelle il a été décidé que le juge de l'exécution ne peut refuser de se prononcer sur la nullité d'un engagement résultant d'un acte notarié, invoquée pour absence prétendue de l'une des conditions requises par la loi pour la validité de sa formation;
- 2<sup>e</sup> Civ., 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-20.520, par laquelle il a été rappelé qu'il incombe au juge de l'exécution d'apprécier la régularité du titre en vérifiant tous les éléments permettant d'évaluer la créance.

Cette jurisprudence montre la volonté de la deuxième chambre de ne pas limiter, en dehors de toute interdiction légale, les pouvoirs du juge de l'exécution.

## **C – Séparation des pouvoirs**

### **Hôpital – Malades mentaux – Hospitalisation d'office – Décision administrative – Régularité – Défaut – Sanction – Réparation intégrale**

*1<sup>re</sup> Civ., 31 mars 2010, Bull. 2010, I, n° 77, pourvoi n° 09-11.803*

Par application des articles 5 § 1 et 5 § 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les décisions d'annulation des arrêtés d'hospitalisation d'office par le tribunal administratif constituent le fait générateur de l'obligation à indemnisation d'une personne dont l'atteinte à la liberté individuelle résultant de l'hospitalisation d'office se trouve privée de tout fondement légal.

QUATRIÈME PARTIE : JURISPRUDENCE DE LA COUR

Doit être approuvé l'arrêt qui, pour accueillir la demande de provision de l'intéressée à valoir sur l'indemnisation de son entier préjudice, a retenu que les mesures successives de placement, qui avaient pris fin le 20 novembre 2001, ayant été annulées par un tribunal administratif le 19 janvier 2006, la prescription quadriennale n'était pas acquise lors de la saisine du juge des référés le 12 décembre 2007 et que la créance contre l'État du chef des conséquences dommageables des irrégularités ayant entaché les mesures de placement n'était pas sérieusement contestable.

Voir le commentaire *infra*, rubrique application du droit communautaire, européen et international (VIII), Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (A), p. 464.

## 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., 30 novembre 2010, Bull. crim. 2010, n° 188, pourvoi n° 10-80.447*

Dans cette importante décision, la chambre criminelle s'est prononcée sur la question de la compétence du juge répressif pour connaître de l'action civile exercée par les représentants légaux d'un enfant en réparation du dommage résultant pour eux de son décès lié à une faute d'un agent du service public.

Selon le Tribunal de conflits, n'est pas détachable, quelque soit sa gravité, la faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions et avec les moyens du service.

Selon le Conseil d'État (2 mars 2007, n° 283257), la faute commise dans ces dernières circonstances engage, certes, devant les juridictions administratives la responsabilité de l'administration mais celle-ci dispose, si elle entend l'exercer, d'une action récursoire contre le fonctionnaire auteur de la faute personnelle qui n'est pas dépourvue de tout lien avec le service mais qui, par sa gravité, devrait être considérée comme détachable.

La chambre criminelle a, plus spécialement en matière médicale, tiré les conséquences de cette jurisprudence en se déclarant, en cas de faute personnelle non détachable du service, incompétente pour statuer sur les demandes dirigées contre les fonctionnaires hospitaliers faisant l'objet de poursuites dans le cadre des fonctions qu'ils exercent au sein de la structure à laquelle ils sont rattachés (*Crim., 2 décembre 2003, Bull. crim. 2003, n° 226, pourvoi n° 02-85.254; Crim., 13 février 2007, Bull. crim. 2007, n° 45, pourvoi n° 06-82.264*).

Dans cet arrêt, la chambre énonce très clairement les règles suivantes :

- « l'agent d'un service public n'est personnellement responsable, devant les juridictions répressives, des conséquences dommageables de l'acte délictueux qu'il commet que si celui-ci constitue une faute détachable de ses fonctions » ;
- « la faute, quelle que soit sa gravité, commise par un agent du service public, dans l'exercice de ses fonctions et avec les moyens du service, n'est pas détachable de ses fonctions ».

En l'espèce, la chambre a ainsi considéré que ne justifie pas sa décision la cour d'appel qui retient la compétence du juge répressif pour liquider le préjudice des parents d'un enfant en relevant que l'infraction de non-assistance à personne en danger commise par le médecin régulateur employé par une association d'aide médicale d'urgence de droit privé mais participant en qualité d'agent au centre de réception et de régulation des appels médicaux du SAMU, résultant de ce qu'il n'a pas pris en considération les nombreux signes de gravité portés à sa connaissance par la mère de l'enfant en péril, s'est abstenu de poser les questions qui lui auraient permis de préciser l'état de celui-ci, puis n'a pas déclenché les secours appropriés, constitue une faute personnelle détachable de ses fonctions.

**Ministère public – Présence – Juridictions correctionnelles – Débats sur les intérêts civils**

**Action civile – Fondement – Infraction – Préjudice découlant des faits objets de la poursuite – Préjudice subi par l'enfant conçu lors de relations incestueuses imposées par un père à sa fille**

*Crim., 23 septembre 2010, Bull. crim. 2010, n° 141, pourvoi n° 09-84.108*

**Action civile – Fondement – Infraction – Préjudice découlant des faits objets de la poursuite – Préjudice subi par l'enfant né d'un viol**

*Crim., 23 septembre 2010, Bull. crim. 2010, n° 139, pourvoi n° 09-82.438*

Par deux arrêts rendus en plénière de chambre, la chambre criminelle s'est prononcée sur les questions de la recevabilité de l'action civile d'un enfant né d'un viol et de la réparation du préjudice moral de l'enfant conçu lors d'un viol.

Elle a approuvé une cour d'appel qui, pour déclarer recevable la constitution de partie civile faite au nom d'un enfant né de relations incestueuses imposées par un père à sa fille, dans des poursuites exercées du chef d'agressions sexuelles aggravées et bien fondée la demande de réparation du préjudice moral de l'enfant, a notamment retenu que l'enfant était privé du droit de faire établir sa filiation en vertu de l'article 310-2 du code civil et que les circonstances de sa conception justifiaient la réparation de traumatismes psychiques (pourvoi n° 09-84.108).

Elle a, par ailleurs, censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour écarter la demande tendant à la réparation du préjudice moral de l'enfant né d'un viol, a retenu que celui-ci ne pouvait se prévaloir d'un préjudice du seul fait des circonstances dans lesquelles il avait été conçu, la conception ne pouvant être dissociée de la naissance, alors que le préjudice invoqué résultait directement des faits criminels poursuivis (pourvoi n° 09-82.438).

Ainsi, la chambre criminelle admet sur le fondement de l'article 3, alinéa 2, du code de procédure pénale que l'enfant conçu lors d'un viol puisse, dans des poursuites exercées du chef d'agressions sexuelles aggravées ou de viol, rapporter la preuve d'un dommage dont il a personnellement souffert et qui découle des faits, objet de la poursuite, et se constituer partie civile. La qualification retenue pour les actes commis par le prévenu importe peu, l'article 3 du code de procédure pénale n'imposant pas que le dommage découle des faits tels que qualifiés par la juridiction de jugement, mais seulement qu'il découle des faits objets de la poursuite. Dans la première affaire, le tribunal correctionnel ayant condamné le prévenu pour agressions sexuelles aggravées en récidive, après avoir constaté qu'il avait imposé à sa fille des rapports sexuels et qu'un enfant était né de ces relations, le préjudice subi par l'enfant, défini en partie par la cour d'appel comme l'impossibilité d'établir sa filiation paternelle par application de l'article 310-2 du code civil, découlait des faits objets de la poursuite. Cette solution s'inscrit dans la droite ligne d'un arrêt rendu en 1998, par lequel la chambre criminelle a censuré l'arrêt d'une cour d'assises qui, pour déclarer irrecevable la constitution de partie civile de X... agissant au nom de sa fille, née des relations incestueuses que son père lui avait imposées au cours de sa minorité, avait énoncé que l'enfant « n'est pas la victime du crime de viol commis sur la personne de sa mère et qu'elle ne subit



aucun préjudice découlant directement de cette infraction » (Crim., 4 février 1998, *Bull. crim.* 1998, n° 43, pourvoi n° 97-80.305).

Par les arrêts rendus le 23 septembre 2010, la chambre criminelle a jugé, en outre, que les dispositions de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, aux termes desquelles « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance », n'interdisaient pas de réparer le préjudice de l'enfant né d'un viol. Il n'est pas inutile à cet égard de souligner que l'examen des travaux préparatoires de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 qui a instauré cette disposition montre clairement que l'intention du législateur a été de mettre un terme à la jurisprudence dite « Perruche », mais non d'interdire aux enfants conçus lors de viols ou d'incestes d'être indemnisés pour le dommage moral résultant des circonstances qui ont entouré la conception et la naissance. Les rapporteurs du texte devant le Sénat ont, en effet, précisé qu'« il a pour objet d'affirmer que “le seul fait” de la naissance ne peut en soi constituer un préjudice. Il rend irrecevable toute action en responsabilité uniquement fondée sur le seul fait d'être né. Il empêche ainsi un enfant de se retourner contre ses parents pour l'avoir fait naître. En revanche, il n'empêche pas une action en responsabilité qui serait fondée sur les circonstances qui ont entouré et la conception et la naissance elle-même, comme par exemple l'action en réparation du préjudice de l'enfant issu d'un viol ou d'un inceste, ou encore celle de l'enfant dont le handicap résulte des blessures causées volontairement ou involontairement pendant la grossesse <sup>1</sup> ».

Dans ces conditions, la chambre criminelle a approuvé une cour d'appel d'avoir condamné le prévenu à réparer le dommage moral de l'enfant, « le préjudice indemnisé, en l'espèce, ne résulte [ant] pas de la seule naissance de l'enfant » (pourvoi n° 09-84.108) et a censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui avait écarté la demande de la partie civile, en retenant que l'enfant ne pouvait se prévaloir d'un préjudice du seul fait des circonstances dans lesquelles il avait été conçu, la conception ne pouvant être dissociée de la naissance (pourvoi n° 09-82.438).

## 2 – Action publique

### Prescription – Action publique – Interruption – Acte d'instruction ou de poursuite – Contravention – Définition – Exclusion – Cas – Requête en exonération d'une amende forfaitaire

*Crim.*, 15 septembre 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 136, pourvoi n° 10-80.273

Par cet arrêt, la chambre criminelle a jugé que la requête en exonération d'une amende forfaitaire prévue par l'article 529-2 du code de procédure pénale ne constituait pas un acte d'instruction ou de poursuite susceptible d'interrompre la prescription de l'action publique.

La requête en exonération d'une amende forfaitaire doit être bien distinguée de la réclamation formée contre une amende forfaitaire majorée. S'agissant de cette dernière, de nombreux arrêts indiquent qu'en matière de contraventions donnant lieu au recouvrement de

1. Francis Giraud, Gérard Dériot et Jean-Louis Lorrain, *Rapport* n° 174 fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, 16 janvier 2002, p. 19.

l'amende forfaitaire majorée prévue par l'article 529-2, alinéa 2, du code de procédure pénale, il suffit, pour que la prescription de l'action publique ne soit pas acquise, que le délai soit interrompu par la délivrance du titre exécutoire, qui fait courir la prescription de la peine, puis après la réclamation du contrevenant, que la citation soit délivrée avant l'expiration du nouveau délai de prescription de l'action publique ouvert à la suite de cette réclamation (cf. notamment Crim., 14 septembre 2005, *Bull. crim.* 2005, n° 230, pourvoi n° 05-81.978). Cette jurisprudence est analogue à celle élaborée au sujet de l'effet des voies de recours. Il a ainsi été jugé que l'opposition à un jugement par défaut interrompt la prescription de la peine et constitue le point de départ d'un nouveau délai de prescription de l'action publique, la poursuite ayant repris son cours (Crim., 20 septembre 1994, *Bull. crim.* 1994, n° 299, pourvoi n° 91-83.264; Crim., 20 mai 2003, *Bull. crim.* 2003, n° 100, pourvoi n° 02-85.403).

Or, contrairement à la réclamation contre une amende forfaitaire majorée, la requête en exonération formée contre une amende forfaitaire n'interrompt pas le délai de la prescription de la peine. Ne pouvant être considérée comme un acte d'instruction ou de poursuite, elle ne constitue pas un acte interruptif de la prescription de l'action publique.

**Responsabilité pénale – Personne morale – Personne morale poursuivie – Liquidation judiciaire (loi du 25 janvier 1985) – Représentation – Désignation d'un mandataire de justice – Nécessité**

*Crim., 10 février 2010, Bull. crim. 2010, n° 22, pourvoi n° 08-87.357*

En l'espèce, le président d'une société décédait dans un accident aérien au sein d'un appareil appartenant à ladite société. La société, en liquidation judiciaire, était poursuivie du chef d'homicide involontaire. À l'issue de l'information, la société représentée par le liquidateur judiciaire était renvoyée devant le tribunal correctionnel du chef d'homicide involontaire. Pour écarter le moyen pris de l'irrecevabilité des poursuites pénales à l'encontre de la société en ce qu'elle était représentée par le liquidateur judiciaire, la cour d'appel énonçait que celui-ci a qualité pour représenter la personne morale.

La chambre criminelle a censuré cette analyse en constatant qu'il résulte des articles L. 622-9 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 et 706-43 du code de procédure pénale que d'une part, le liquidateur judiciaire désigné par le tribunal de commerce lors du placement en liquidation judiciaire de la personne morale ne représente le débiteur que pour les actions patrimoniales, d'autre part, lorsque l'action publique, action de nature extrapatrimoniales, est exercée à l'encontre de la personne morale en liquidation judiciaire, il doit lui être désigné un mandataire de justice pour la représenter de l'article.

**3 – Appel correctionnel ou de police**

**Appel correctionnel ou de police – Appel correctionnel – Appel du ministère public – Administration des impôts, partie civile non appelante – Demande tendant au prononcé de la solidarité avec le redevable de l'impôt fraudé – Possibilité – Cas – Détermination**

*Crim., 19 mai 2010, Bull. crim. 2010, n° 89, pourvoi n° 09-83.970*

**Appel correctionnel ou de police – Appel correctionnel – Appel de la partie civile – Appel de la partie civile seule – Appel de l’administration des impôts – Demande tendant au prononcé de la solidarité avec le redevable de l’impôt fraudé – Demande écartée en première instance – Exclusion – Portée**

*Crim.*, 4 novembre 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 174, pourvoi n° 10-81.825

Aux termes de l’article 1745 du code général des impôts « tous ceux qui ont fait l’objet d’une condamnation définitive, prononcée en application des articles 1741, 1742 ou 1743 peuvent être solidairement tenus, avec le redevable légal de l’impôt fraudé, au paiement de cet impôt ainsi qu’à celui des pénalités fiscales y afférentes ».

De façon constante, la Cour de cassation énonce que la solidarité prévue à cet article est une mesure pénale. Les deux arrêts commentés contribuent à préciser les conséquences attachées à cette qualification.

Dans le premier arrêt, la chambre criminelle approuve une cour d’appel qui, infirmant sur les seuls appels du ministère public et du prévenu le jugement ayant relaxé partiellement ce dernier et limité la solidarité au montant de la fraude retenue, le déclare coupable de tous les faits de fraude fiscale visés à la prévention et dit qu’il sera solidairement tenu, avec le redevable légal de l’impôt, au paiement de l’ensemble des impôts fraudés et des pénalités y afférentes. La chambre criminelle reconnaît ainsi aux juges d’appel le droit de prononcer la solidarité, prévue à l’article 1745 du code général des impôts, sur appel du ministère public, même en l’absence d’appel de l’administration fiscale.

Dans le second arrêt, revenant sur sa jurisprudence antérieure du 21 mars 1996 (*Bull. crim.* 1996, n° 130, pourvoi n° 94-85.492), la chambre criminelle énonce, au visa des articles 1745 du code général des impôts et 497 3° du code de procédure pénale, que les juges du second degré, saisis du seul appel de l’administration fiscale, ne peuvent prononcer une telle mesure qui avait été écartée par le tribunal, après déclaration de culpabilité du prévenu du chef de fraude fiscale. L’administration fiscale, bien que tenant de l’article L. 232 du livre des procédures fiscales la faculté de se constituer partie civile en matière de droits, taxes, redevances et impositions de toute nature, ne peut donc interjeter seule appel des décisions rendues sur sa demande en matière de solidarité.

**Appel correctionnel ou de police – Appel de la partie civile – Relaxe du prévenu en première instance – Cause d’irresponsabilité pénale – Effet**

**Protection de la nature et de l’environnement – Protection de la faune et de la flore – Préservation et surveillance du patrimoine biologique – Délit de destruction d’animaux non domestiques d’espèces protégées – Éléments constitutifs – Élément moral**

**Action civile – Recevabilité – Association – Infraction en matière de protection de la nature et de l’environnement – Condition**

*Crim.*, 1<sup>er</sup> juin 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 96, pourvoi n° 09-87.159

Dans cette affaire, le requérant, qui participait à une partie de chasse aux sangliers, a été poursuivi par une ourse (dénommée « Cannelle ») à laquelle il a porté un coup de feu mortel. Poursuivi pour destruction d'un animal appartenant à une espèce protégée, il a été relaxé par les premiers juges qui ont retenu une cause d'irresponsabilité pénale tenant à l'état de nécessité. Sur appel des parties civiles, la cour d'appel a retenu sa responsabilité à raison des faits poursuivis après avoir apprécié l'existence ou non du fait justificatif et considéré que le chasseur avait eu un comportement fautif antérieur au coup de feu qui ne lui permettait pas d'invoquer l'état de nécessité.

La première branche du premier moyen du pourvoi formé par le chasseur portait sur la question de savoir si le fait qu'une décision de relaxe repose sur une cause d'irresponsabilité modifie ou non la règle générale selon laquelle si les juges du second degré, saisis du seul appel de la partie civile, ne peuvent prononcer aucune peine contre le prévenu définitivement relaxé, ils n'en sont pas moins tenus, au regard de l'action civile, de rechercher si les faits qui leur sont déférés constituent une infraction pénale et de prononcer par conséquent sur la demande de réparation de la partie civile.

La chambre criminelle énonce très clairement qu'à l'égard des parties civiles appelantes sans restriction, l'autorité de la chose jugée ne s'attache à aucune des dispositions tant pénales que civiles du jugement déféré et que si les juges du second degré, saisis du seul appel des parties civiles, ne peuvent prononcer aucune peine contre le prévenu définitivement relaxé en raison de l'application d'une cause d'irresponsabilité pénale, ils n'en sont pas moins tenus, au regard de l'action civile, de rechercher si les faits poursuivis sont constitutifs d'une infraction pénale qui engage la responsabilité de son auteur et de prononcer en conséquence sur la demande de réparation des parties civiles.

Voir également le commentaire de cet arrêt *infra*, rubrique droit pénal et procédure pénale (VII), droit pénal spécial (C), protection de la nature et de l'environnement (7), p. 449.

#### 4 – Contrôle judiciaire et détention provisoire

Détention provisoire – Chambre de l'instruction – Infirmation d'une ordonnance de mise en liberté – Motifs – Insuffisance de l'assignation à résidence avec surveillance électronique pour atteindre les objectifs mentionnés à l'article 144 du code de procédure pénale – Caractérisation – Nécessité

*Crim.*, 8 avril 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 61, pourvoi n° 10-80.554

Détention provisoire – Demande de mise en liberté – Rejet – Motif – Insuffisance de l'assignation à résidence avec surveillance électronique pour atteindre les objectifs mentionnés à l'article 144 du code de procédure pénale – Caractérisation – Nécessité

*Crim.*, 18 août 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 123, pourvoi n° 10-83.770

*Crim.*, 18 août 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 124, pourvoi n° 10-83.819

Avant la loi n° 2009-1436 dite « pénitentiaire » du 24 novembre 2009, le placement sous surveillance électronique ne constituait qu'un des modes d'exécution d'une des obligations susceptibles d'assortir le contrôle judiciaire. Par voie de conséquence, la chambre criminelle estimait qu'il appartenait aux juges d'apprécier souverainement la possibilité d'un tel placement. Le placement ou le maintien en détention provisoire ne devait être justifié que par rapport à la seule alternative que constituait le contrôle judiciaire, sa motivation ne devant pas viser spécifiquement le placement sous surveillance électronique.

La loi précitée a érigé le placement sous surveillance électronique en mesure autonome et distincte du contrôle judiciaire, en donnant la possibilité au juge d'instruction ainsi qu'au juge des libertés et de la détention d'ordonner, avec l'accord ou à la demande du mis en examen et sous certaines conditions, son assignation à résidence avec surveillance électronique. L'article 432-13 du code de procédure pénale prévoit qu'il appartient à un décret de déterminer les modalités d'application de ces dispositions. Parallèlement, la loi pénitentiaire a modifié les dispositions de l'article 144 du même code afin de mettre sur le même plan cette assignation à résidence et le placement sous contrôle judiciaire en ce qui concerne la motivation de la détention provisoire.

Dès lors, la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs objectifs définis par ce texte et que ces objectifs ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique.

Dans le premier arrêt (pourvoi n° 10-80.554), la chambre criminelle a jugé que n'en-court pas la censure, pour méconnaissance de ce principe, l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui, pour infirmer l'ordonnance de mise en liberté sous contrôle judiciaire avec placement sous surveillance électronique, se prononce expressément sur le caractère insuffisant du contrôle judiciaire ordonné, dès lors qu'à la date à laquelle il a été statué, le placement sous surveillance électronique n'était, dans l'attente du décret d'application prévu par l'article 142-13 nouveau du code de procédure pénale, qu'une modalité des dispositions prévues par l'article 138 dudit code (cf. également même solution Crim., 11 mai 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 77, pourvoi n° 10-81.324).

Ledit décret étant intervenu le 1<sup>er</sup> avril 2010 (décret n° 2010-355), la chambre criminelle a, dans les deux arrêts du 18 août 2010 (pourvois n° 10-83.770 et 10-83.819), jugé qu'en-court la cassation l'arrêt de la chambre de l'instruction qui confirme l'ordonnance du juge des libertés et de la détention rejetant une demande de mise en liberté sans s'expliquer, par des considérations de droit et de fait, sur le caractère insuffisant de l'assignation à résidence avec surveillance électronique pour atteindre les objectifs mentionnés à l'article 144 du code de procédure pénale. On observera que la chambre criminelle, dans le pourvoi n° 10-83.819, a soulevé d'office le moyen pris de la violation de l'article 144 du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 24 novembre 2009 et du décret du 1<sup>er</sup> avril 2010 précité.

## 5 – Enquête et instruction

### Convention européenne des droits de l’homme – Article 6 – Droits de la défense – Garde à vue – Droits de la personne gardée à vue – Compatibilité – Défaut

*Crim.*, 19 octobre 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 163, pourvoi n° 10-82.306

*Crim.*, 19 octobre 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 165, pourvoi n° 10-85.051

*Crim.*, 19 octobre 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 164, pourvoi n° 10-82.902

La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans ces trois arrêts, s’est prononcé, pour la première fois, sur le principe de la conformité, à l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme, des dispositions relatives aux droits de la défense en matière de garde à vue et, plus particulièrement, de l’article 63-4 du code de procédure pénale.

L’article 6 de la CEDH sur le droit à un procès équitable dispose, dans son troisième paragraphe, que « tout accusé a droit notamment à :

- a. être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu’il comprend et d’une manière détaillée, de la nature et de la cause de l’accusation portée contre lui ;
- b. disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;
- c. se défendre lui même ou avoir l’assistance d’un défenseur de son choix [...] ».

L’article 63-4 du code de procédure pénale prévoit, quant à lui, dans son premier alinéa, que, « dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à s’entretenir avec un avocat ». Dans son quatrième alinéa, il précise que cet entretien ne peut durer plus de trente minutes et que l’avocat peut présenter des observations écrites qui sont jointes à la procédure. Enfin, dans le septième et dernier alinéa de cet article, le législateur reporte, en matière de criminalité et de délinquance organisées, l’intervention de l’avocat, pour certaines des infractions énumérées à l’article 706-73, à l’issue d’un délai qu’il fixe. Le délai retenu est de quarante-huit heures pour l’enlèvement et la séquestration en bande organisée, le proxénétisme aggravé, le crime de vol en bande organisée, le crime aggravé d’extorsion, l’association de malfaiteurs et de soixante-douze heures pour le trafic de stupéfiants et les actes de terrorisme.

Dans une décision du 30 juillet 2010 (n° 2010-14/22 QPC, *JO* du 31 juillet 2010, p. 14198), le Conseil constitutionnel a déclaré les articles 62, 63 et 63-1 et 77 du code de procédure pénale contraires à la Constitution comme méconnaissant les articles 9 et 16 de la Déclaration des droits de l’homme de 1789. Le Conseil a, en effet, estimé que l’article 63-4, qui ne permet pas à la personne interrogée, retenue contre sa volonté, de bénéficier de l’assistance effective d’un avocat, impose de façon générale une restriction aux droits de la défense, sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier et que le gardé à vue ne se voit pas notifié son droit de garder le silence.

La chambre criminelle de la Cour de cassation affirme, dans les trois arrêts rendus en formation plénière, que les dispositions de procédure pénale précitées et, plus particulièrement, l’article 63-4 du code de procédure pénale ne satisfont pas aux exigences de l’article 6 de la CEDH telles qu’interprétées par la Cour européenne. Les infractions en cause obéissaient à des régimes différents. Il s’agissait, dans le premier arrêt frappé de pourvoi

en cassation, de complicité de tentative d'assassinat soumise au régime général de la garde à vue, édicté par l'article 63-4 du code de procédure pénale, avec un droit à un entretien avec un avocat dès la première heure de garde à vue, alors que dans les deux autres arrêts, d'infractions à la législation sur les stupéfiants soumises aux régimes dérogatoires, prévus par l'article 706-88 pour les infractions mentionnées à l'article 706-73, avec un droit à un entretien différé à la soixante-douzième heure.

La Cour de cassation considère que toute personne placée en garde à vue doit, en vertu de l'article 6 de la CEDH, dès le début de celle-ci être informée de son droit de garder le silence et être assistée d'un avocat dans des conditions lui permettant d'organiser sa défense.

La Cour de cassation précise qu'il ne peut être porté atteinte à ce dernier droit que si le gardé à vue y renonce *de manière non équivoque* ou si une *raison impérieuse tenant aux circonstances particulières de l'espèce* y fait obstacle. La Cour précise à cet égard que la restriction au droit, pour une personne gardée à vue, d'être assistée dès le début de la mesure par un avocat, en application de l'article 706-88 du code de procédure pénale instituant un régime spécial à certaines infractions, doit être justifiée par une raison impérieuse qui ne peut découler de la seule nature de l'infraction.

La chambre criminelle, après avoir énoncé ces règles de procédure, déclare qu'elles ne s'appliqueront pas immédiatement aux « garde[s] à vue conduite[s] dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de [leur] mise en œuvre » et en diffère l'effet dans le temps. Elle précise qu'elles ne prendront effet que « lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1<sup>er</sup> juillet 2011 ».

Le Conseil n'a en effet dans cette décision abrogé les textes de procédure pénale contestés qu'à compter de cette date, laissant ainsi le temps au législateur français de les modifier pour les mettre en conformité avec les principes constitutionnels. La Cour de cassation fait ainsi primer le principe de sécurité juridique et l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice, afin de préparer la mise en œuvre de ces règles nouvelles de procédure.

La Cour de cassation en déduit des conséquences différentes à propos des trois arrêts. Pour les deux arrêts ayant annulé des actes de procédure accomplis pendant la garde à vue, sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne, la chambre criminelle, après avoir approuvé l'application faite par les juges de ce texte, censure ces décisions. Au contraire, la Cour refuse de censurer le troisième arrêt, qui a refusé de prononcer la nullité d'actes qui avaient été accomplis conformément aux textes de procédure applicables.

Ministère public – Autorité judiciaire – Article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme – Exclusion

**Convention européenne des droits de l'homme – Article 5 § 3 – Exigence de brièveté de la conduite devant une autorité judiciaire – Compatibilité – Cas – Garde à vue de vingt-cinq heures et cinq minutes suivie d'une mise en liberté**

*Crim., 15 décembre 2010, pourvoi n° 10-83.674, en cours de publication*

Dans la procédure ayant donné lieu à cet arrêt, le demandeur, soupçonné d'avoir, à l'occasion d'un différend de voisinage, commis une infraction de violences avec arme n'ayant pas entraîné d'incapacité de travail supérieure à huit jours, avait été placé en garde à vue au titre d'une enquête de flagrant délit. À l'issue de la première période de garde à vue de vingt-quatre heures, au cours de laquelle plusieurs actes d'enquête avaient été effectués, dont une perquisition au domicile de l'intéressé, le procureur de la République avait autorisé la prolongation de la mesure pour la même durée. En fait, la garde à vue avait été levée après une durée totale de vingt-cinq heures et cinq minutes, sans présentation de la personne à un juge, l'ouverture d'une information étant intervenue plusieurs semaines après.

Mis en examen, l'intéressé a présenté à la chambre de l'instruction une requête aux fins d'annulation des actes pris pendant la garde à vue, en soutenant notamment que, lors de la prolongation de cette mesure, il n'avait pas été traduit devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi exerçant des fonctions judiciaires, au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, le procureur de la République ne répondant pas selon lui à cette qualité.

Pour rejeter la requête, la chambre de l'instruction, par arrêt du 27 avril 2010, a d'abord relevé que l'arrêt rendu le 29 mars 2010 par la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Medvedyev et autres c. France* (requête n° 3394/03), ne déniait pas expressément au procureur de la République la qualité d'autorité judiciaire. Elle a ensuite rappelé la décision, en date du 11 août 1993, par laquelle le Conseil constitutionnel (décision n° 93-326 DC, *Rec.*, p. 217; *JO* du 15 août 1993, p. 11599) a affirmé que le magistrat du parquet est une autorité judiciaire. Elle a enfin retenu que la chambre criminelle de la Cour de cassation n'avait pas modifié sa jurisprudence résultant d'un arrêt du 10 mars 1992 (*Bull. crim.* 1992, n° 105, pourvoi n° 91-86.944), selon laquelle le procureur de la République est un magistrat au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, habilité à prolonger la durée de la garde à vue dans les limites que la loi autorise.

Opérant un revirement par rapport à l'arrêt du 10 mars 1992 précité, auquel s'était conformée la chambre de l'instruction, la chambre criminelle énonce, dans sa décision du 15 décembre 2010, que le ministère public, en ce qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et qui est partie poursuivante, n'est pas une autorité judiciaire au sens de ce texte. La Cour de cassation a ainsi pris en compte les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme le 29 mars 2010 dans l'affaire *Medvedyev c. France* (précité) et le 23 novembre 2010 dans l'affaire *Moulin c. France* (requête n° 37104/06), aux termes desquels le magistrat devant lequel la personne privée de liberté doit être aussitôt traduite, au sens de l'article 5 § 3 de la Convention, « doit présenter les garanties requises



d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale à l'instar du ministère public ».

Mais, si c'est à tort que la chambre de l'instruction a reconnu au ministère public la qualité d'autorité judiciaire au regard de l'article 5 § 3 précité, la chambre criminelle ne censure pas sa décision, dès lors qu'en l'espèce, le demandeur avait été libéré à l'issue d'une privation de liberté d'une durée compatible avec l'exigence de brièveté imposée par ce même texte conventionnel.

Il se déduit de cet arrêt que la chambre criminelle s'est située strictement dans le cadre du contrôle, qui lui revient, de la conformité de la procédure suivie aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi malgré l'identité des termes employés, la notion d'autorité judiciaire, au sens de l'article 5 § 3 de cette Convention, est distincte, s'agissant du droit interne, de la mention qu'en fait l'article préliminaire du code de procédure pénale et de la définition qu'en donne le Conseil constitutionnel, encore rappelée par lui dans le considérant 26 de sa décision du 30 juillet 2010 (n° 2010-14/22 QPC, *JO* du 31 juillet 2010, p. 14198).

Contrairement à l'invitation qui lui en était faite par le moyen du demandeur, la chambre criminelle n'a pas pris position sur la qualité du magistrat auquel doit revenir la décision d'autoriser la prolongation de la garde à vue, passée la première période de vingt-quatre heures, mission aujourd'hui confiée par l'article 63, 2<sup>e</sup> alinéa, du code de procédure pénale, au procureur de la République.

Faisant abstraction tant de la responsabilité exercée par le magistrat du ministère public dans le déroulement de la garde à vue que du découpage de cette mesure, dans le code de procédure pénale, en périodes successives de vingt-quatre heures, elle s'est attachée à la vérification concrète, dans le cas d'espèce, de la conformité à l'exigence de promptitude, résultant du texte conventionnel, du temps pendant lequel la personne avait pu être privée de liberté sans être présentée à un juge. Ce faisant, la Cour de cassation n'a pas davantage que ne l'a fait jusqu'à présent la Cour européenne des droits de l'homme défini de manière abstraite ce qu'implique, en termes de jours ou d'heures, la rapidité exigée.

À cet égard, dans son arrêt le plus récent (*Moulin c. France*, précité), relatif à un délit de droit commun, la Cour européenne des droits de l'homme, citant l'arrêt *Brogan et autres c. Royaume-Uni* (CEDH, 29 novembre 1988, requête n° 11209/84) rappelle qu'une garde à vue de quatre jours et six heures sans contrôle judiciaire allait au-delà des strictes limites de temps fixées par l'article 5 § 3, même quand elle a pour but de prémunir la collectivité dans son ensemble contre le terrorisme, tout en précisant dans une incidente : « ce qui n'était au demeurant pas le cas en l'espèce ». La question reste donc posée d'une éventuelle proportionnalité entre la gravité de l'infraction reprochée et la durée pendant laquelle la personne peut être privée de liberté sans bénéficier du contrôle judiciaire prévu par le texte conventionnel rappelé ci-dessus.

**Instruction – Interrogatoire – Matière criminelle – Enregistrement –  
Défaut – Sanction**

*Crim.*, 3 mars 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 47, pourvoi n° 09-87.924

**Instruction – Interrogatoire – Matière criminelle – Enregistrement – Impossibilité technique – Mention au procès-verbal – Défaut**

*Crim.*, 4 novembre 2010, *Bull. crim* 2010, n° 176, pourvoi n° 10-85.279

Par le premier arrêt, la chambre criminelle a jugé que le défaut d'enregistrement audiovisuel, en matière criminelle, de la première comparution d'une personne mise en examen, hors les cas où l'article 116-1 du code de procédure pénale l'autorise, porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée, qu'elle ait fait de simples déclarations ou qu'elle ait accepté d'être interrogée.

La loi du 15 juin 2000 a rendu obligatoire l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires des mineurs en garde à vue (article 4 de l'ordonnance du 2 février 1945).

Les articles 14 et 15 de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2008, ont introduit en matière criminelle l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires des personnes majeures gardées à vue (article 64-1 du code de procédure pénale) et des interrogatoires réalisés dans le cabinet du juge d'instruction (article 116-1 du même code).

Il résulte des dispositions de l'article 116-1 du code de procédure pénale que le magistrat instructeur doit, en matière criminelle, procéder à l'enregistrement des interrogatoires des personnes mises en examen sauf dans trois hypothèses :

- l'instruction concerne un crime mentionné à l'article 706-73 ou prévu par les titres I<sup>er</sup> et II du livre IV du code pénal;
- le nombre de personnes mises en cause devant être simultanément interrogées au cours de la même procédure ou de procédures distinctes fait obstacle à l'enregistrement de tous les interrogatoires;
- l'enregistrement ne peut être effectué en raison d'une impossibilité technique.

L'article 116-1 du code de procédure pénale indique également que l'objet de l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires est de permettre sa consultation « en cas de contestation sur la portée des déclarations », sur décision du juge d'instruction ou de la juridiction de jugement.

En l'espèce, le défaut d'enregistrement audiovisuel de la première comparution de la personne mise en examen méconnaissait les dispositions de l'article 116-1 du code de procédure pénale, dès lors que celle-ci n'avait pas été mise en examen pour l'un des crimes visés à l'article 706-73 du code de procédure pénale, que l'interrogatoire s'était déroulé dans le cabinet du juge d'instruction et que le procès-verbal ne comprenait pas de mentions indiquant une défaillance technique ou l'impossibilité de procéder à cet enregistrement en raison d'une pluralité d'auditions simultanées de personnes mises en examen.

Dans ces conditions se posait la question de la sanction du défaut d'enregistrement audiovisuel de l'interrogatoire de première comparution d'un majeur effectué par un juge d'instruction.

S'agissant des interrogatoires de mineurs placés en garde à vue, la chambre avait déjà eu l'occasion de préciser la portée du défaut d'enregistrement. Par deux arrêts du 3 avril 2007 et du 12 juin 2007, elle a en effet jugé que le défaut d'enregistrement audiovisuel des

interrogatoires d'un mineur placé en garde à vue, non justifié par un obstacle insurmontable, portait nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée (Crim., 3 avril 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 104, pourvoi n° 06-87.264; Crim., 12 juin 2007, *Bull. crim.* 2007, n° 155, pourvoi n° 07-80.194).

Par l'arrêt du 3 mars 2010, elle a étendu cette solution au défaut d'enregistrement audiovisuel, en matière criminelle, de la première comparution d'une personne mise en examen.

La transposition de la solution retenue en matière de garde à vue des mineurs ne s'imposait pas nécessairement dès lors que d'une part, un interrogatoire effectué par un magistrat se déroule en présence d'un greffier et de l'avocat de la personne mise en examen et que d'autre part, de nombreuses dispositions concernant les mineurs ont pour objet de les protéger en raison de leur vulnérabilité.

La chambre criminelle a toutefois choisi de ne pas distinguer le régime de l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires selon la phase de la procédure, selon les acteurs de celle-ci et selon les conditions des interrogatoires, prenant ainsi en compte la volonté du législateur ainsi que l'objet de l'enregistrement audiovisuel qui est de permettre une consultation de celui-ci « en cas de contestation sur la portée des déclarations recueillies », étant observé qu'il n'est pas possible de déterminer par avance si une consultation de celui-ci s'avérera ultérieurement nécessaire.

Dans le second arrêt du 4 novembre 2010, la chambre criminelle a précisé que s'il se déduit de l'article 116-1 du code de procédure pénale que l'impossibilité technique ayant fait obstacle à l'enregistrement d'un interrogatoire, en matière criminelle, dans le cabinet du juge d'instruction, doit être mentionnée dans le procès-verbal d'interrogatoire qui en précise la nature, c'est à la condition qu'elle soit apparue avant la clôture de celui-ci.

En l'espèce, un prévenu, mis en examen du chef d'extorsion aggravée, avait présenté une requête aux fins d'annulation du procès-verbal de son interrogatoire de première comparution, prise du défaut d'enregistrement audiovisuel de cet acte. Suivant la note dressée le 1<sup>er</sup> avril 2010 par le greffier et les explications recueillies auprès du magistrat instructeur, l'opération n'avait pu être effectuée du fait que la touche permettant le démarrage de l'enregistrement avait été actionnée, par erreur, à deux reprises au lieu d'une seule, sans que cette erreur soit apparue durant l'interrogatoire. La chambre criminelle censure, au visa de l'article 116-1 précité, l'arrêt de la chambre de l'instruction qui avait fait droit à cette requête au motif qu'une maladresse ou une omission de l'homme ne sauraient constituer une impossibilité technique et que le défaut d'enregistrement a nécessairement porté atteinte aux droits du mis en examen en énonçant que la survenance d'un tel incident technique qui, n'ayant pas été immédiatement décelé, ne pouvait être mentionné au procès-verbal de l'interrogatoire.

**Instruction – Mandat – Mandat d'arrêt – Personne faisant l'objet  
d'un mandat d'arrêt – Qualité – Qualité de personne mis en examen  
ou de témoin assisté (non)**

**Immunité – Immunité d’un État – Coutume internationale – Poursuites pénales contre les organes et entités constituant l’émanation de l’État en raison d’actes relevant de sa souveraineté (non)**

*Crim.*, 19 janvier 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 9, pourvoi n° 09-84.818

Dans cet arrêt, la chambre criminelle a jugé que la délivrance d’un mandat d’arrêt par le juge d’instruction, au cours de l’information et avant tout interrogatoire, ne confère pas à celui qui en est l’objet la qualité de personne mise en examen et, par voie de conséquence, celle de partie au sens de l’article 173 du code de procédure pénale ni encore celle de témoin assisté; que les dispositions des articles 5, 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l’homme n’étant pas applicables en cas de recours formé contre un tel mandat dont le seul objet est d’assurer la représentation en justice de la personne à l’encontre de laquelle il est délivré, afin notamment de permettre son interrogatoire par le juge d’instruction, la chambre de l’instruction déclare, à bon droit, irrecevable la requête du demandeur tendant à l’annulation de l’information et, subsidiairement, à la mainlevée dudit mandat; et qu’est lui-même irrecevable, comme émanant d’une personne qui n’est pas partie au sens de l’article 567 du code de procédure pénale, le pourvoi formé contre un tel arrêt.

Cet arrêt s’inscrit dans la ligne de divers précédents :

La chambre criminelle a jugé le 14 mai 2002 (*Bull. crim.* 2002, n° 111, pourvoi n° 02-80.721) que, selon les dispositions de l’article 134, alinéa 3, du code de procédure pénale dans leur rédaction issue de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, applicables en la cause, la délivrance d’un mandat d’arrêt par le juge d’instruction ne confère pas au cours de l’information à celui qui en est l’objet la qualité de personne mise en examen; seules les parties au procès étant recevables, en application de l’article 567 du même code, à se pourvoir en cassation, le pourvoi d’une telle personne est irrecevable.

La chambre a ainsi clairement indiqué que la personne à l’encontre de laquelle a été délivré un mandat d’arrêt n’a pas au cours de l’information la qualité de personne mise en examen.

Un second arrêt rendu par notre chambre le 17 décembre 2002 (*Bull. crim.* 2002, n° 230, pourvoi n° 02-86.679) est encore plus clair, puisqu’il est rédigé dans les termes suivants : « attendu que, pour déclarer irrecevable la demande de Judas X... tendant à l’annulation du mandat d’arrêt à diffusion internationale délivré à son encontre le 27 juillet 2000, la chambre de l’instruction énonce, notamment, qu’il résulte de l’article 134 du code de procédure pénale dans sa rédaction applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2001, que l’intéressé, qui n’a pas comparu devant le juge d’instruction, n’a pas la qualité de personne mise en examen et ne peut, en conséquence, être admis à présenter une requête en nullité sur le fondement de l’article 173 du code précité; que les juges ajoutent, pour écarter l’application de l’article 5 § 4 de la Convention européenne des droits de l’homme, que la personne recherchée n’est pas actuellement privée de sa liberté;

attendu qu’en prononçant ainsi, et dès lors que les dispositions des articles 6 et 13 de la Convention précitée ne sont pas applicables en cas de recours formé contre un mandat d’arrêt, dont le seul objet est d’assurer la représentation en justice de la personne à l’encontre de laquelle il est délivré afin, notamment, de permettre, comme en l’espèce, son interrogatoire par le juge d’instruction, la chambre de l’instruction a fait l’exacte application de la loi. »

Les personnes visées par un mandat d'arrêt n'ont pas davantage la qualité de témoin assisté, l'article 122, alinéa 7, du code de procédure pénale précisant que le juge d'instruction est tenu d'entendre comme témoins assistés les personnes contre lesquelles il a été décerné un mandat de comparution, d'amener ou d'arrêt, sauf à les mettre en examen conformément aux dispositions de l'article 116.

La chambre criminelle est d'ailleurs allée au-delà, par un arrêt du 3 avril 2007 (*Bull. crim.* 2007, n° 103, pourvoi n° 06-89.315) puisqu'elle a jugé « qu'il se déduit de l'article 134 du code de procédure pénale qu'une personne en fuite et vainement recherchée au cours de l'information n'a pas la qualité de partie au sens de l'article 175 dudit code; qu'il s'ensuit que, si elle est arrêtée après que le juge d'instruction l'a renvoyée devant le tribunal correctionnel, elle ne peut se prévaloir des dispositions du troisième alinéa de l'article 385 dudit code pour exciper devant cette juridiction d'une quelconque nullité d'actes de l'information, l'ordonnance de renvoi ayant, comme le prévoit l'article 179 du même code, purgé, s'il en existait, les vices de procédure; d'où il suit que, par ces motifs de pur droit, compatibles avec les exigences du procès équitable, et substitués à ceux des juges du fond, la décision est justifiée ».

Une position similaire a été affirmée une nouvelle fois le 3 octobre 2007 (*Bull. crim.* 2007, n° 237, pourvoi n° 07-81.030).

Plus récemment, le 29 avril 2009 (*Bull. crim.* 2009, n° 83, pourvoi n° 09-80.157), la chambre criminelle a jugé que « le demandeur, qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt, non encore exécuté, décerné par le juge d'instruction [...], et n'a pas été mis en examen, est irrecevable à se pourvoir contre l'arrêt attaqué », son pourvoi étant déclaré irrecevable.

**Instruction – Expertise – Expert – Désignation – Expert non inscrit sur les listes prévues à l'article 157 du code de procédure pénale – Dossier médical – Secret professionnel – Violation (non)**

*Crim.*, 14 décembre 2010, pourvoi n° 10-82.862, en cours de publication

Dans cette importante décision, la chambre criminelle s'est prononcée sur la question du choix de l'expert par le magistrat instructeur au regard des missions qui lui sont confiées et qui peuvent le conduire à examiner des informations couvertes par un secret professionnel, en l'occurrence des dossiers médicaux.

En l'espèce, une information a été ouverte à la suite du dépôt de plainte et des constitutions de partie civile de plusieurs familles des chefs d'empoisonnement, homicide involontaire, atteinte involontaire à l'intégrité physique ayant entraîné une incapacité totale de travail supérieure à trois mois, mise en danger délibérée d'autrui, les parties civiles considérant que plusieurs décès de leurs proches, dus au nouveau variant de la maladie de Creutzfeldt-Jakob, étaient liés à l'absence de retrait de la chaîne alimentaire des abats présentant un risque spécifique de contamination par l'agent de l'encéphalopathie spongiforme bovine (ESB).

Au cours de cette information, plusieurs expertises ont été ordonnées, parmi lesquelles deux expertises confiées, après constat de l'impossibilité de faire choix d'un expert assermenté en raison de l'indisponibilité des experts inscrits, à une personne en raison de sa « compétence particulière ». Cet expert a reçu pour mission de procéder à l'examen des dossiers

médicaux placés sous scellés correspondant aux parties civiles de la procédure et à l'étude des documents de la procédure concernant les investigations effectuées sur les parties civiles et les origines possibles de leur contamination, aux fins d'effectuer toutes observations utiles complémentaires concernant les circonstances et modes de contamination par le prion.

Sur la requête en annulation de pièces formée par le procureur de la République, la chambre de l'instruction a prononcé l'annulation des actes d'information correspondant aux deux expertises, considérant que l'expert n'étant pas inscrit à un tableau de l'ordre des médecins et n'étant pas un professionnel de santé, il n'était pas soumis au secret médical et ne pouvait avoir accès à des dossiers couverts par ce secret.

Cette décision a fait l'objet d'un pourvoi de l'une des parties civiles qui a invoqué une violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les articles L. 1110-4 et R. 4127-108 du code de la santé publique, 226-13 du code pénal, 157 et suivants du code de procédure pénale.

La chambre criminelle a cassé l'arrêt de la chambre de l'instruction en relevant que le juge d'instruction avait motivé son choix en se fondant sur l'impossibilité de recourir à un expert inscrit sur une liste et sur la compétence particulière de cet expert. Elle a en outre énoncé que la mission qui lui avait été impartie, ayant pour seul objet des constatations d'ordre technique nécessitant la communication et l'examen de pièces utiles à la manifestation de la vérité, était étrangère au secret des professionnels de santé ayant pris en charge les patients.

## 6 – Intervention

### Action civile – Recevabilité – Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions – Conditions – Détermination *Crim.*, 5 octobre 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 146, pourvoi n° 09-82.862

Dans cette importante décision, la chambre criminelle se prononce pour la première fois sur la question de la constitution de partie civile du fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions devant la juridiction d'instruction.

Elle énonce ainsi que le recours subrogatoire du fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions ne peut s'exercer que devant les juridictions de jugement.

En l'espèce, plusieurs personnes occupant un immeuble appartenant à la ville de Paris, dont les enfants présentaient des taux de plombémie élevés, ainsi que trois associations avaient porté plainte et s'étaient constituées partie civile devant le doyen des juges d'instruction des chefs d'omission de porter secours et de blessures involontaires.

L'information ayant été clôturée par une ordonnance de non-lieu, certaines de ces parties civiles avaient relevé appel de cette décision puis s'étaient désistées de leur voie de recours; entre temps le fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions était intervenu devant la chambre de l'instruction pour se constituer partie civile sur le fondement de l'article 706-11 du code de procédure pénale.

La cour d'appel a déclaré irrecevable cette constitution de partie civile en retenant, notamment, que la constitution de partie civile du fonds avait uniquement pour objet d'obtenir des

personnes responsables le remboursement de l'indemnité ou de la provision qu'il a versée, dans la limite du montant des réparations mises à leur charge.

La Cour de cassation a alors rejeté le pourvoi formé contre cette décision.

## 7 – Juridictions correctionnelles

### Juridictions correctionnelles – Composition – Incompatibilité – Comparution immédiate – Magistrat ayant statué sur la détention provisoire en qualité de juge des libertés et de la détention

*Crim., 23 septembre 2010, Bull. crim. 2010, n° 140, pourvoi n° 10-81.245*

Réunie en plénière de chambre, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé qu'en application de l'article 137-1, alinéa 3, du code de procédure pénale de portée générale, comme s'appliquant à toutes les phases de la procédure, ne peut composer la juridiction appelée à juger le prévenu selon la procédure de comparution immédiate, le magistrat qui en qualité de juge des libertés et de la détention a statué auparavant sur la requête du procureur de la République aux fins de détention provisoire de l'intéressé. Elle a, dès lors, approuvé une cour d'appel d'avoir annulé un jugement, après avoir retenu que, dans la composition du tribunal correctionnel devant lequel le prévenu avait été traduit selon la procédure de comparution immédiate, figurait le juge des libertés et de la détention qui avait ordonné sa détention provisoire.

Faisant une application stricte des dispositions de l'article 137-1 du code de procédure pénale selon lesquelles le juge des libertés et de la détention « ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires pénales dont il a connu », elle a ainsi confirmé la solution retenue en formation restreinte le 8 décembre 2009 (*Crim., 8 décembre 2009, Bull. crim. 2009, n° 208, pourvoi n° 09-85.623*). Pour la chambre criminelle, le fait que l'interdiction pour un juge des libertés et de la détention de participer au jugement des affaires pénales dont il a connu figure dans un titre du code de procédure pénale consacré aux juridictions d'instruction n'implique pas que cette interdiction ne s'applique qu'en présence d'actes accomplis par un juge des libertés et de la détention au cours de l'instruction.

### Droits de la défense – Juridictions correctionnelles – Débats – Prévenu – Droit d'être assisté d'un avocat – Information – Nécessité

*Crim., 24 novembre 2010, Bull. crim 2010, n° 185, pourvoi n° 10-80.551*

### Juridictions correctionnelles – Droits de la défense – Débats – Prévenu – Demande de renvoi – Rejet – Possibilité pour le prévenu de bénéficier de l'assistance d'un avocat de son choix ou commis d'office – Contrôle de la Cour de cassation

*Crim., 24 novembre 2010, Bull. crim 2010, n° 186, pourvoi n° 10-82.772*

Par une décision du 16 juillet 2010, la formation spécialisée en matière de question prioritaire de constitutionnalité a dit n'y avoir lieu à renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité posée par un prévenu qui soutenait que les dispositions

de l'article 417, alinéas 1 et 2, du code de procédure pénale sont contraires au principe constitutionnel des droits de la défense en ce que, en dehors de l'hypothèse du prévenu atteint d'une infirmité de nature à compromettre sa défense (alinéa 4) qui est obligatoirement assisté d'un défenseur, elles ne font pas obligation à la juridiction correctionnelle devant laquelle il comparaît sans avocat de l'informer qu'il a la faculté d'être assisté, au besoin sur commission d'office, se bornant à prévoir que ladite commission est subordonnée à une demande expresse dudit prévenu. La formation spécialisée de la Cour de cassation a jugé que la question posée ne présentait pas un caractère sérieux au regard du principe constitutionnel des droits de la défense dès lors que l'exercice de la faculté de se faire assister par un défenseur, prévue par l'article 417, alinéas 1 et 2, du code de procédure pénale implique pour être effectif que le prévenu a été préalablement informé de cette faculté<sup>2</sup>.

Tirant les conséquences de cette décision, la chambre criminelle a, par un arrêt du 24 novembre 2010, jugé que l'exercice de la faculté reconnue au prévenu qui comparaît devant la juridiction correctionnelle de se faire assister d'un avocat et, s'il n'en a pas fait le choix à l'audience et demande cependant à être assisté, de s'en faire désigner un d'office par le président, implique pour être effectif, y compris en cause d'appel, que ce dernier l'ait préalablement informé de cette faculté, s'il n'a pas reçu cette information avant l'audience. Elle a, en conséquence, censuré au visa des articles 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 14 § 3 d du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 6 § 3 c de la Convention européenne des droits de l'homme et 417 du code de procédure pénale l'arrêt d'une chambre des appels correctionnels qui avait statué à l'égard d'un prévenu comparant seul, sans constater qu'il avait été informé de son droit d'être assisté d'un avocat (Crim., 24 novembre 2010, pourvoi n° 10-80.551).

La chambre criminelle a par ailleurs censuré, au visa des articles 593 et 417 du code de procédure pénale, l'arrêt d'une cour d'appel qui avait rejeté, le 17 février 2010, une demande de renvoi formée par un prévenu qui souhaitait comparaître assisté d'un avocat, après avoir énoncé que les faits sont du 2 novembre 2008, le jugement du 5 janvier 2009 et l'appel du 13 janvier 2009 et que l'intéressé a donc eu, depuis cette dernière date notamment, le temps de préparer sa défense. La Haute juridiction a considéré que la cour d'appel ne lui avait pas permis de s'assurer que l'intéressé avait été en mesure de bénéficier de l'assistance d'un avocat de son choix ou commis d'office (Crim., 24 novembre 2010, pourvoi n° 10-82.772).

#### **Droits de la défense – Majeur protégé – Avis au tuteur d'une personne majeure protégée des poursuites, décisions de condamnation et de la date d'audience – Nécessité**

*Crim., 14 avril 2010, Bull. crim. 2010, n° 74, pourvoi n° 09-83.503*

Par cet arrêt, la chambre criminelle a censuré, au visa de l'article 706-113 du code de procédure pénale, l'arrêt d'une cour d'appel qui avait condamné un prévenu placé sous tutelle pour refus de se soumettre à un prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse

<sup>2</sup> Cass., QPC, 16 juillet 2010, n° 12185, pourvoi n° 10-80.551; voir également *infra*, rubrique examen des questions prioritaires de constitutionnalité (IX), la définition du champ d'application de la question prioritaire de constitutionnalité (C), au regard de l'office du juge judiciaire (I), p. 479.



et l'identification de son empreinte génétique, alors que son tuteur n'avait été informé ni des poursuites ni du jugement de condamnation prononcé à son encontre et qu'il n'avait pas été avisé de la date d'audience. Elle a ainsi appliqué pour la première fois les dispositions issues de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs protégés qui sont venues mettre en conformité le droit français avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 30 janvier 2001, *Vaudelle c. France*, requête n° 35683/97).

Il convient toutefois de préciser qu'avant l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions de droit interne, la chambre criminelle avait eu l'occasion de juger que le droit à un procès équitable et le droit d'accès à un juge impliquent que le tuteur d'une personne majeure protégée soit avisé tant des poursuites pénales dirigées contre cette personne que de la décision de condamnation dont elle fait l'objet et avait censuré un arrêt ayant condamné un prévenu placé sous tutelle alors que le 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).

**Preuve – Débat contradictoire – Enregistrement audiovisuel – Confrontation impossible – Témoignage écarté des débats – Témoin protégé – Article 6 § 3 d de la Convention européenne des droits de l'homme – Violation (non)**

**Cassation – Moyen du pourvoi irrecevable ou non fondé sur un motif sérieux de cassation – Moyen – Non-admission – Condition**  
*Crim., 18 mai 2010, Bull. crim. 2010, n° 88, pourvoi n° 09-83.156*

Ne méconnaît pas les dispositions de l'article 6 § 3 d de la Convention européenne des droits de l'homme la chambre correctionnelle qui, après avoir écarté des débats les déclarations d'un témoin protégé dont la confrontation dans les formes prévues par l'article 706-61 du code de procédure pénale n'a pu avoir lieu, retient pour condamner le prévenu la preuve résultant d'un enregistrement audiovisuel remis par un autre témoin protégé, dès lors que cet enregistrement a été soumis au débat contradictoire.

En l'espèce, à la suite d'un incendie volontaire dans une école de Brest, incendie qui avait entraîné l'intervention des pompiers et de la police, trois policiers restés sur place ont été agressés par un groupe d'une vingtaine de personnes masquées ou cagoulées ; si les trois policiers ont pu se dégager, leur véhicule a essuyé deux coups de feu lors de leur départ et un troisième a été tiré, quelques instants plus tard, sur un second véhicule de police venu en renfort ; au cours de l'enquête deux témoins ont été entendus sans que leur identité apparaisse, selon les modalités de l'article 706-58 du code de procédure pénale ; l'un d'eux a remis aux enquêteurs un enregistrement audiovisuel effectué lors des faits ; renvoyé devant le tribunal pour violences en réunion et avec armes ainsi que pour participation à un attroupement avec arme, le prévenu a été relaxé du chef de la première infraction et déclaré coupable du chef de la seconde.

Pour infirmer partiellement le jugement et déclarer le prévenu coupable du chef des deux infractions, l'arrêt, après avoir rejeté la demande de confrontation du prévenu avec le premier témoin anonyme et écarté des débats le procès-verbal d'audition de celui-ci, retient

notamment que l'enregistrement audiovisuel fait apparaître deux détonations, puis une troisième, parfaitement similaires.

Pour la chambre criminelle, la cour d'appel n'a pas méconnu les textes conventionnels visés aux moyens dès lors qu'elle a écarté des débats le procès-verbal des déclarations du témoin à charge que le prévenu voulait interroger ou faire interroger et qu'elle n'a fait état que du contenu de l'enregistrement audiovisuel remis par le second témoin et soumis à la discussion contradictoire des parties.

## 8 – Renvoi

### Renvoi d'un tribunal à un autre – Intérêt d'une bonne administration de la justice (article 665, alinéa 2, du code de procédure pénale) – Principe du contradictoire – Respect – Parties – Formalités nécessaires

*Crim.*, 2 septembre 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 130, pourvoi n° 10-86.257

Le renvoi d'une affaire peut être ordonné par la chambre criminelle, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, soit sur la requête du procureur général près la Cour de cassation, soit sur requête du procureur général près la cour d'appel dans le ressort de laquelle la juridiction saisie a son siège, agissant d'initiative ou sur demande des parties (article 665, alinéa 2, du code de procédure pénale). Les dispositions du code de procédure pénale relatives au renvoi dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice ne prévoyant pas les modalités du respect du principe du contradictoire, une question prioritaire de constitutionnalité a été soumise à la formation spécialisée de la Cour de cassation tendant à faire constater que le deuxième alinéa de l'article 665 du code de procédure pénale relatif au renvoi d'une juridiction à une autre dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, en ce qu'il ne prévoit pas que la requête aux fins de renvoi soit signifiée aux parties ni que celles-ci puissent déposer un mémoire au greffe de la Cour de cassation, n'est pas conforme aux droits et libertés garantis par les articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Par un arrêt du 8 juillet 2010, la formation spécialisée en matière de question prioritaire de constitutionnalité de la Cour de cassation a rendu un arrêt disant n'y avoir lieu à renvoyer une question portant sur la constitutionnalité de l'article 665 du code de procédure pénale au Conseil constitutionnel au motif qu'il appartient à la chambre criminelle de veiller, lors de l'examen de la requête aux fins de renvoi dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, conformément à l'article préliminaire, au respect du principe de la contradiction<sup>3</sup>.

Tirant les conséquences de cet arrêt, la chambre criminelle a rendu le 2 septembre 2010 un arrêt renvoyant à une audience ultérieure l'examen d'une requête fondée sur l'article 665 du code de procédure pénale afin que celle-ci soit notifiée aux parties et qu'elles soient informées de leur droit de déposer un mémoire au greffe de la Cour de cassation dans

3. Cass., QPC, 8 juillet 2010, n° 12144, pourvoi n° 10-90.048 ; voir également *infra*, rubrique examen des questions prioritaires de constitutionnalité (IX), la définition du champ d'application de la question prioritaire de constitutionnalité (C), au regard de l'office du juge judiciaire (I), p. 479.

le délai de huit jours suivant la notification, de telle sorte que soit assuré le respect du principe du contradictoire.

## 9 – Immunité

Instruction – Mandat – Mandat d'arrêt – Personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt – Qualité – Qualité de personne mise en examen ou de témoin assisté (non)

Immunité – Immunité d'un État – Coutume internationale – Poursuites pénales contre les organes et entités constituant l'émanation de l'État en raison d'actes relevant de sa souveraineté (non)

*Crim.*, 19 janvier 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 9, pourvoi n° 09-84.818

Par cet arrêt, la chambre criminelle a jugé, à propos du naufrage, au large des côtes gambiennes, du navire *Joola* battant pavillon sénégalais et ayant fait 1 863 victimes que « la coutume internationale qui s'oppose à la poursuite des États devant les juridictions pénales d'un État étranger s'étend aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'État ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui [...] relèvent de la souveraineté de l'État concerné ». Elle a en déduit que justifie sa décision la chambre de l'instruction qui, pour prononcer l'annulation des mandats d'arrêt délivrés à l'encontre du Premier ministre et du ministre des forces armées d'un État étranger en fonction au moment des faits, retient que le navire ayant fait naufrage avait été mis en service pour permettre le désenclavement d'une région de cet État, qu'il assurait une mission de service public non commercial, qu'il était armé par un équipage militaire et avait le statut de navire militaire.

L'immunité de juridiction est un privilège de juridiction qui a pour effet de faire échapper un État ou l'un de ses organes à la compétence des tribunaux d'un État étranger. La jurisprudence considère que sont couverts par cette immunité les actes s'analysant en actes de souveraineté et non en actes de gestion.

La première chambre civile de la Cour de cassation a jugé le 19 décembre 1961 (*Bull.* 1961, I, n° 612; voir également, *ibid.*, I, n° 613, pourvoi n° 57-11.651) que les actes accomplis par un État étranger dans l'exercice de ses fonctions étatiques de gestion publique se trouvaient couverts par l'immunité de juridiction.

La même chambre de la Cour de cassation a jugé le 25 février 1969 (*Bull.* 1969, I, n° 86, pourvoi n° 67-10.243) que les États étrangers et les organismes agissant par leur ordre ou pour leur compte ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige constitue un acte de puissance publique ou a été accompli dans l'intérêt d'un service public. Cette immunité étant fondée sur la nature de l'activité, et non sur la qualité de celui qui l'exerce, la cour d'appel qui a relevé que, selon la loi iranienne elle-même, le transport, même ferroviaire, entrait dans la catégorie des actes de commerce qui ne sont pas subordonnés de manière nécessaire à l'intervention d'un acte de souveraineté a justifié le rejet des conclusions de l'administration des chemins de fer iraniens par lesquelles cette administration invoquait l'immunité de juridiction.

La première chambre civile a encore jugé le 17 janvier 1973 (*Bull.* 1973, I, n° 24, pourvoi n° 71-11.793) que l'immunité de juridiction ne peut être reconnue à un État étranger lorsque celui-ci, ayant contracté suivant les règles de forme et de fond du droit privé, n'a pas, lors de la signature du contrat donnant lieu au litige, fait acte de puissance publique ni n'a agi dans l'intérêt d'un service public, mais s'est au contraire comporté comme toute personne l'aurait fait. Le bail commercial signé par l'État espagnol au profit de son office national du tourisme, ne pouvait ainsi être considéré comme un acte de puissance publique mettant en cause la souveraineté de cet État et donnant lieu à immunité.

La même chambre a encore jugé le 2 mai 1990 (*Bull.* 1990, I, n° 92, pourvoi n° 88-14.363) que les États étrangers et les organismes agissant par leur ordre et pour leur compte bénéficient de l'immunité de juridiction non seulement pour les actes de puissance publique, mais aussi pour ceux accomplis dans l'intérêt d'un service public. Mais elle a jugé le 12 juin 1990 (*Bull.* 1990, I, n° 155, pourvoi n° 86-40.242), que ne saurait porter atteinte aux intérêts protégés d'un État étranger justifiant l'immunité de juridiction, l'acte de gestion par lequel une agence de presse, fût-elle l'émanation de cet État, a licencié un journaliste nommé dans le cadre des activités propres de celle-ci et qui n'était chargé d'aucune responsabilité particulière.

De son côté, la chambre sociale a jugé le 2 avril 1996 (*Bull.* 1996, V, n° 132, pourvoi n° 94-40.199) que la cour d'appel ayant relevé qu'en raison de la nature de ses fonctions d'adjoint au service de presse de l'ambassade argentine, le salarié n'était amené qu'à recueillir, mettre en forme et transmettre des informations ou de la documentation intéressant l'État argentin, ce dont il résultait qu'il n'était chargé d'aucune responsabilité particulière dans l'exercice d'un service public, de sorte que son licenciement constituait un acte de gestion, elle aurait dû en déduire qu'il n'y avait pas lieu d'opposer au salarié le principe de l'immunité de juridiction des États étrangers. (Pour des licenciements ne constituant que des actes de gestion, voir 1<sup>re</sup> Civ., 11 février 1997, *Bull.* 1997, I, n° 49, pourvoi n° 94-41.871 – à propos du licenciement du concierge d'une ambassade – ; Soc., 10 novembre 1998, *Bull.* 1998, V, n° 479, pourvoi n° 96-41.534 – à propos du licenciement d'une infirmière-secrétaire médicale de l'ambassade des États-Unis à Paris – ; Soc., 14 décembre 2005, pourvoi n° 03-45.973.)

On peut citer encore deux arrêts rendus par la première chambre civile, le 19 mai 1976 (*Bull.* 1976, I, n° 181, pourvoi n° 74-11.424) et le 28 mai 2002 (pourvoi n° 99-19.247), qui ont énoncé que l'immunité de juridiction peut être invoquée par les États étrangers et par les organismes agissant par leur ordre ou pour leur compte, pour les actes de puissance publique ou accomplis dans l'intérêt d'un service public.

La Cour de cassation, en chambre mixte le 20 juin 2003 (*Bull.* 2003, Ch. mixte, n° 4, pourvois n° 00-45.629 et 00-45.630), a adopté la formule suivante reprise dans tous les arrêts subséquents : « les États étrangers et les organismes qui en constituent l'émanation ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de ces États et n'est donc pas un acte de gestion ». Dans le cas d'espèce examiné, la chambre mixte a considéré que l'acte litigieux consistant à ne pas déclarer un salarié à un régime français de protection sociale n'était qu'un acte de gestion administrative, ne donnant pas lieu à immunité de juridiction.

La première chambre civile s'est prononcée dans les mêmes termes et dans le même sens, le 20 septembre 2006 (*Bull.* 2006, I, n° 411, pourvoi n° 05-14.199), s'agissant du contrat de bail d'un immeuble pour loger le personnel d'une ambassade et le 19 novembre 2008 (*Bull.* 2008, I, n° 266, pourvoi n° 07-10.570), s'agissant d'un litige portant sur un mur mitoyen, l'acte s'analysant en un acte de gestion privée.

Le 31 mars 2009 (*Bull.* 2009, V, n° 92, pourvoi n° 07-45.618), la chambre sociale a repris la même formule ; elle a ainsi considéré que si un État est en droit de revendiquer l'immunité de juridiction quant à l'appréciation des motifs de la décision de fermeture d'une délégation consulaire, le juge français garde le pouvoir de vérifier la réalité de la fermeture invoquée et de statuer sur les conséquences du licenciement d'un salarié motivé par cette décision.

Il apparaît ainsi que pour la jurisprudence civile, l'acte litigieux doit participer, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de l'État.

La jurisprudence de la chambre criminelle est moins abondante.

Le naufrage du navire Erika, ayant causé une pollution importante sur les côtes françaises, a donné lieu à un arrêt de la chambre criminelle en date du 23 novembre 2004 (*Bull. crim.* 2004, n° 292, pourvoi n° 04-84.265) dans une espèce présentant certaines analogies avec celle ayant donné lieu à l'arrêt rapporté. Dans une information ouverte des chefs de mise en danger de la vie d'autrui et de complicité de pollution, la chambre de l'instruction avait fait bénéficier la Malta Maritime Authority et un certain Carmel X..., directeur exécutif chargé de la marine marchande, de l'immunité de juridiction et avait, en conséquence, prononcé la nullité des poursuites diligentées à leur encontre, au motif que la coutume internationale s'opposait à ce que les États puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger.

Le pourvoi de la partie civile faisait valoir que le bénéfice de l'immunité de juridiction n'est acquis qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige participe, par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté et n'est donc pas un acte de gestion. Or, l'arrêt s'était borné à qualifier de souverain l'acte litigieux – la délivrance et le maintien au pétrolier Erika et à la société gestionnaire du navire des certificats de l'État du pavillon de Malte sans s'assurer du bon état de navigabilité du navire et de la conformité de la gestion de la société à la réglementation internationale – au regard des seules règles du droit français et du droit international public, sans rechercher en fait si l'attribution des certificats, qui formellement est un acte de puissance publique, n'obéissait pas à une finalité dépourvue de tout fondement de souveraineté et ne méritait donc pas d'être couvert par l'immunité. La chambre criminelle, après avoir rappelé qu'il était reproché aux mis en examen la délivrance de certificats d'immatriculation et de navigabilité en méconnaissance de la législation internationale en vigueur, a précisé que la coutume internationale qui s'oppose à la poursuite des États devant les juridictions pénales d'un État étranger s'étend aux organes et entités qui constituent l'émanation de l'État ainsi qu'à leurs agents en raison d'actes qui, comme en l'espèce, relèvent de la souveraineté de l'État concerné. La délivrance de certificats d'immatriculation et de navigabilité était ainsi considérée comme des actes de souveraineté.

Il convient d'observer que la formule retenue par la chambre criminelle, « actes qui [...] relèvent de la souveraineté de l'État concerné » est distincte de la formule retenue par les chambres civiles depuis l'arrêt fondateur du 20 juin 2003 (« acte particip[ant], par sa nature ou sa finalité, à l'exercice de la souveraineté de [l'État] »). Mais la notion d'acte de souveraineté se retrouve dans les deux formulations.

La chambre de l'instruction, dans l'arrêt rapporté, avait tout d'abord rappelé que la responsabilité de l'ancien Premier ministre était recherchée en raison de son arbitrage ayant permis la poursuite de l'exploitation du navire malgré l'absence du respect des règles de sécurité et que celle du ministre des forces armées était recherchée en raison du maintien en activité du bâtiment.

Elle avait ajouté que ces deux personnes n'avaient pas eu de responsabilité directe dans la conduite ou l'exploitation du *Joola*, mais qu'elles avaient donné des directives relevant de l'exercice de leurs fonctions politiques. En effet, ce navire devait permettre le désenclavement de la Casamance, et l'État du Sénégal assurait ainsi une mission de service public non commercial. L'exploitation du navire avait été confiée par le Premier ministre d'alors au ministère des forces armées sénégalais au motif qu'il faisait l'objet d'attaques armées ; le navire était armé par un équipage militaire et l'État avait pris la décision d'interrompre provisoirement la liaison maritime pour permettre d'effectuer des travaux de remise en état sur le navire. Par son arbitrage, le Premier ministre avait permis la poursuite de l'exploitation du navire malgré l'absence de respect des règles de sécurité. Le navire avait le statut de navire militaire à travers son armateur, le ministère des forces armées, qui en avait confié la gestion à la marine nationale. En tant que ministre des forces armées, Yambou P... avait permis la navigation alors que le navire n'avait plus de certificat international de navigation depuis avril 1991, de titre national depuis le 17 juin 1999, que sa classe était suspendue depuis le 28 septembre 2000 et que les visites de contrôle et de sécurité n'étaient pas effectuées. Il s'ensuit que les actes reprochés aux deux intéressés avaient été commis dans l'exercice de leurs fonctions et dans le cadre de la mission de service public assurée par le *Joola*.

Ce sont ces motifs qui ont été approuvés par la chambre criminelle dans l'arrêt commenté.

## 10 – Cour de justice de la République

Cour de justice de la République – Arrêts de renvoi de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République – Pourvoi – Rejet – Arrêts définitifs – Effet – Conclusions aux fins d'annulation des arrêts de renvoi présentées devant la Cour de justice de la République – Irrecevabilité

Question prioritaire de constitutionnalité – Procédure – Refus de transmission – Contestation – Écrit distinct et motivé posant de nouveau la question – Nécessité

Cour de justice de la République – Procédure – Vote – Bulletins secrets

Chose jugée – Autorité de la chose jugée – Décision dépourvue de l'autorité de la chose jugée – Arrêt de cour d'appel statuant sur des faits de corruption active – Cour de justice de la République saisie des faits de corruption passive

Cour de justice de la République – Procédure – Arrêt de relaxe – Motivation – Contrôle de la Cour de cassation

Cour de justice de la République – Procédure – Arrêt de condamnation – Motivation – Contrôle de la Cour de cassation

*Assemblée plénière, 23 juillet 2010, Bull. crim. 2010, Ass. plén., n° 2, pourvoi n° 10-85.505*

Un ancien ministre avait été renvoyé devant la Cour de justice de la République pour avoir, à l'occasion de l'exercice de son activité ministérielle, sollicité un financement futur de ses activités politiques en échange de l'octroi d'une autorisation d'exploitation d'un casino et pour s'être rendu complice de délits d'abus de biens sociaux au préjudice de deux sociétés. Le prévenu avait été relaxé pour les deux premières séries de faits et condamné pour la dernière.

Le prévenu et le procureur général près la Cour de cassation ont formé des pourvois, lesquels ont été, pour certains, déclarés irrecevables et pour les autres, rejetés.

Au début de l'audience de jugement, la Cour de justice de la République avait rendu un arrêt décidant qu'étaient irrecevables les conclusions déposées par les avocats du prévenu aux fins d'annulation des trois arrêts de la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, renvoyant celui-ci devant ladite Cour, aux motifs que ces arrêts étaient devenus définitifs à la suite du rejet des pourvois formés contre ceux-ci par trois arrêts antérieurs de la Cour de cassation. L'assemblée plénière a rejeté le pourvoi formé par le prévenu contre cet arrêt.

La Cour de justice de la République avait ensuite rendu trois arrêts refusant de transmettre trois questions prioritaires de constitutionnalité. L'assemblée plénière a jugé que les pourvois formés contre les arrêts refusant cette transmission étaient irrecevables, de telles décisions ne pouvant être contestées, selon les articles 23-2, alinéa 6, et 23-5, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, que par la voie d'une contestation, laquelle doit être présentée devant la juridiction saisie de tout ou partie du litige sous forme d'un écrit distinct et motivé posant de nouveau la question.

Enfin, l'assemblée plénière a jugé que la Cour de justice de la République, après un vote par bulletins secrets sur chaque chef d'accusation, avait, par des motifs exempts d'insuffisance et de contradiction, apprécié souverainement les faits et circonstances de la cause et rejeté les pourvois formés par le prévenu et le procureur général contre la décision de fond. Elle a notamment estimé que la Cour de justice de la République saisie de faits de corruption passive à l'encontre du prévenu n'était pas tenue par la décision définitive de la cour d'appel selon laquelle des personnes l'avaient corrompu.

## **B – Droit pénal général**

### ***Application immédiate de la loi pénale plus douce***

Lois et règlements – Application dans le temps – Loi pénale de fond – Loi plus douce – Application immédiate – Loi n° 2008-1187 du 14 novembre 2008 modifiant l'article 41, alinéa 3, de la loi du 29 juillet 1881 – Immunité attachée aux propos tenus devant une commission d'enquête parlementaire

Presse – Immunités – Propos ou écrits devant une commission d'enquête parlementaire – Diffusion en direct – Compte rendu fidèle des réunions publiques fait de bonne foi – Détermination – Condition

*Crim.*, 13 avril 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 67, pourvoi n° 09-85.135

*Crim.*, 8 juin 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 104, pourvoi n° 09-86.626

Dénonciation calomnieuse – Faits dénoncés – Fausseté – Décision d'acquittement, de relaxe ou de non-lieu – Article 226-10 du code pénal modifié par la loi du 9 juillet 2010 – Application dans le temps

*Crim.*, 14 septembre 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 133, pourvoi n° 10-80.718

À plusieurs reprises, au cours de l'année 2010, la chambre criminelle a fait application de l'article 112-1, alinéa 3, du code pénal selon lequel les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes.

Elle a ainsi statué à deux reprises (poursuis n° 09-85.135 et 09-86.626) en ce qui concerne les dispositions constituant désormais l'alinéa 3 de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. L'alinéa 1<sup>er</sup> de cet article prévoit une immunité qui s'applique aux discours tenus dans le sein de l'Assemblée nationale ou du Sénat ainsi qu'aux rapports ou toute autre pièce imprimée par ordre de l'une de ces deux assemblées.

Il s'est trouvé que des personnes appelées à déposer devant une commission d'enquête parlementaire, notamment en matière de dérives sectaires, soient poursuivies du chef de diffamation par des tiers mis en cause lors de ces dépositions. Aucune immunité n'était prévue en faveur de ces prévenus.

C'est ainsi qu'est intervenue la loi n° 2008-1187 du 14 novembre 2008 qui a introduit dans l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 un alinéa 3, ainsi rédigé : « ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage ni les propos tenus ou les écrits produits devant une commission d'enquête créée, en leur sein, par l'Assemblée nationale ou le Sénat, par la personne tenue d'y déposer, sauf s'ils sont étrangers à l'objet de l'enquête, ni le compte rendu fidèle des réunions publiques de cette commission fait de bonne foi ».



Au visa des articles 112-1 du code pénal et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, la chambre criminelle a jugé que les dispositions nouvelles, lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes, s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée.

Le visa de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme s'explique ainsi : la Cour européenne des droits de l'homme, par un arrêt du 17 septembre 2009 (Scoppola c. Italie, requête n° 10249/03), est revenue sur une jurisprudence ancienne et a considéré que l'application de la loi pénale prévoyant une peine plus douce, même postérieure à la commission de l'infraction, est devenue un principe fondamental du droit pénal et elle a ajouté que l'article 7 § 1 de la Convention ne garantit pas seulement le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, mais aussi, implicitement, le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce.

Par ailleurs, la Cour de cassation a considéré que la diffusion en direct d'une déposition faite devant une commission d'enquête parlementaire équivaut à un compte rendu fidèle des réunions publiques de cette commission fait de bonne foi.

La Cour de cassation a, plus récemment, fait l'application de l'article 112-1 du code pénal, en matière de dénonciation calomnieuse, dans le troisième arrêt commenté (pourvoi n° 10-80.718).

L'article 226-10 du code pénal visant le délit de dénonciation calomnieuse disposait, en son alinéa 2, 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 ».

La loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010, en son article 16, a modifié cet alinéa qui est désormais ainsi rédigé : « La fausseté du fait dénoncé résulte nécessairement de la décision, devenue définitive, 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. »

Les deux expressions ne sont pas équivalentes et les travaux préparatoires montrent que le législateur a entendu réduire le champ de la présomption de fausseté.

Sur un moyen d'annulation soulevé d'office, la Cour de cassation, au visa de l'article 112-1 du code pénal selon lequel les dispositions d'une loi nouvelle s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée, lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes, juge qu'il y a lieu de procéder à un nouvel examen de l'affaire au regard des dispositions plus favorables de la loi nouvelle en ce qu'elles restreignent l'étendue de la présomption de fausseté du fait dénoncé, annule l'arrêt en toutes ses dispositions et renvoie la cause et les parties devant une autre cour d'appel.

## C – Droit pénal spécial

### 1 – Atteinte à la dignité d'une personne

Atteinte à la dignité d'une personne – Discrimination – Discrimination par personne dépositaire de l'autorité publique – Refus du bénéfice d'un droit accordé par la loi à raison de l'appartenance religieuse – Éléments constitutifs – Constatations nécessaires – Détermination

*Crim.*, 1<sup>er</sup> septembre 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 127, pourvoi n° 10-80.584

Par un arrêt du 1<sup>er</sup> septembre 2010, la chambre criminelle a été appelée à faire application de l'incrimination de discrimination par personne dépositaire de l'autorité publique dans un cas particulier : lors d'une réunion du conseil municipal d'une commune de la région parisienne, le maire s'était adressé à une conseillère, porteuse d'une croix, en lui demandant de « cesser d'exhiber ce signe religieux » et en lui refusant la parole jusqu'à cessation de son « attitude provocatrice ».

Poursuivi devant le tribunal correctionnel, sur le fondement des articles 225-1 et 432-7 du code pénal, le maire avait été condamné. La cour d'appel avait approuvé ce jugement, en relevant notamment « qu'il n'est nullement établi, qu'en l'espèce, le port d'une croix par Patricia Y... ait été un facteur de trouble susceptible de justifier que le maire, usant de son pouvoir de police, la prive de son droit à s'exprimer, en sa qualité d'élue municipale ; qu'aucune disposition législative, nécessaire en vertu de l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, pour que des restrictions soient apportées à la liberté de manifester sa religion ou ses convictions, ne permet au maire d'une commune, dans le cadre des réunions du conseil municipal, lieu de débats et de confrontations d'idées, d'interdire aux élus de manifester publiquement, notamment par le port d'un insigne, leur appartenance religieuse [...] ».

L'article 225-1 du code pénal énonce que constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques notamment à raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

L'article 432-7 du code pénal dispose que cette discrimination, lorsqu'elle est commise par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public dans le cadre de ses fonctions, voit sa répression aggravée lorsqu'elle consiste notamment à refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi.

L'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme énonce, par ailleurs, que toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion et que ce droit implique notamment la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. Et, selon l'alinéa 2, « la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la

protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

Concernant le fonctionnement du conseil municipal, l'article L. 2121-16 du code général des collectivités territoriales dispose que « le maire a seul la police de l'assemblée. Il peut faire expulser de l'auditoire ou arrêter tout individu qui trouble l'ordre ».

La jurisprudence judiciaire, rare sur cette question, s'inspire volontiers des solutions dégagées par le Conseil d'État.

L'intention (la volonté discriminatoire) exigée par la loi doit être distinguée des mobiles ou des convictions de l'auteur : le fait qu'un maire ait refusé d'inscrire à l'école maternelle des enfants d'origine étrangère afin de faire pression sur les autorités de tutelle ou d'appeler leur attention sur les difficultés posées par le trop grand nombre de ces enfants éclaire certes les mobiles du refus mais ne lui retire pas son caractère discriminatoire (CA Paris, 12 mars 1992, *Juris-Data* n° 1992-020729).

Mais l'infraction n'est pas constituée, faute d'élément intentionnel, lorsque les agissements reprochés trouvent leur justification dans des éléments objectifs étrangers à tout critère discriminatoire : ne se rend pas coupable d'un refus discriminatoire le maire qui interdit, pour des motifs de sécurité et non en raison de leur origine, l'occupation d'un foyer d'hébergement à des ouvriers étrangers (CA Paris, 1<sup>er</sup> juin 1989, *Juris-Data* n° 1989-024476).

De même, l'exclusion d'élèves en raison du port, dans les locaux scolaires publics, de signes d'appartenance religieuse comme le « foulard islamique » ne constitue pas une discrimination à raison de l'appartenance à une religion entrant dans les prévisions de l'article 432-7 du code pénal (article 187-1 ancien), dès lors que la mesure est motivée par des circonstances extérieures, telles que notamment une volonté de prosélytisme contraire aux principes de laïcité et de neutralité, la perturbation des cours ou le refus de suivre certains d'entre eux (CA Douai, 3 avril 1991, *Juris-Data* n° 1991-045321).

Au cas présent, le pourvoi invitait à poser plusieurs questions :

– Au titre de son pouvoir de police des réunions du conseil municipal, le maire pouvait-il interdire à la partie civile de prendre la parole, au motif que le comportement de cette élue risquait de perturber les débats, et de susciter des réactions violentes des autres participants ?

– Le principe de laïcité proclamé par l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution constitue-t-il une restriction à la liberté d'exprimer sa pensée en public correspondant aux limitations prévues par le deuxième alinéa de l'article 9 de la Convention européenne ?

– L'agissement reproché au maire trouvait-il sa justification dans des éléments objectifs étrangers à tout critère discriminatoire ? La cour devait-elle rechercher si la situation spécifique de la commune concernée impliquait, lors des réunions du conseil municipal, l'absence d'extériorisation de convictions religieuses dans des signes ostentatoires propres à exacerber les différences et à nuire au consensus souhaité par la politique municipale ?

S'en rapportant à l'appréciation souveraine par les juges du fond des circonstances de l'espèce, la chambre criminelle de la Cour de cassation a constaté que les éléments constitutifs du délit de discrimination étaient réunis et que la décision attaquée ne méconnaissait

ni les articles 8 et 9 de la Convention européenne, ni le principe constitutionnel de laïcité, invoqués par le pourvoi.

## **2 – Atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne**

**Atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne – Atteinte volontaire à l'intégrité de la personne – Administration à autrui de substances nuisibles à la santé – Éléments constitutifs – Transmission en connaissance de cause du virus de l'immuno-déficience humaine par la voie sexuelle**

*Crim., 5 octobre 2010, Bull. crim. 2010, n° 147, pourvoi n° 09-86.209*

La chambre criminelle a confirmé sa jurisprudence relative au délit d'administration de substance nuisible prévu par les articles 222-15 et 222-9 du code pénal s'agissant de la transmission du virus de l'immuno-déficience humaine (VIH) – *Crim.*, 10 janvier 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 11, pourvoi n° 05-80.787 – en rejetant un pourvoi formé par le prévenu contre un arrêt de cour d'appel qui, pour le déclarer coupable de ce délit, retient que, connaissant sa contamination déjà ancienne au VIH pour laquelle il devait suivre un traitement, il a entretenu pendant plusieurs mois des relations sexuelles non protégées avec sa compagne en lui dissimulant volontairement son état de santé et l'a contaminée, la rendant désormais porteuse d'une affection virale constituant une infirmité permanente.

## **3 – Circulation routière**

**Circulation routière – Vitesse – Excès – Titulaire du certificat d'immatriculation redevable pécuniairement – Contestation de la qualité de conducteur du véhicule pour la première fois devant la Cour de cassation – Recevabilité (non)**

*Crim., 24 février 2010, Bull. crim. 2010, n° 38, pourvoi n° 09-84.667*

**Circulation routière – Titulaire du certificat d'immatriculation redevable pécuniairement – Titulaire personne morale – Représentant légal seul redevable – Montant de l'amende encourue – Détermination**

*Crim., 12 mai 2010, Bull. crim. 2010, n° 83, pourvoi n° 10-80.031*

**Circulation routière – Locataire du véhicule redevable pécuniairement – Représentant légal – Conditions – Détermination**

*Crim., 2 septembre 2010, Bull. crim. 2010, n° 129, pourvoi n° 10-82.393*

**Circulation routière – Titulaire du certificat d'immatriculation redevable pécuniairement – Amende – Nature – Peine – Exclusion**

*Crim., 15 septembre 2010, Bull. crim. 2010, n° 135, pourvoi n° 09-87.326*

**Circulation routière – Titulaire du certificat d'immatriculation redevable  
pécuniairement – Titulaire personne morale – Représentant légal seul  
redevable**

*Crim.*, 13 octobre 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 159, pourvoi n° 10-81.575

En 2010, la chambre criminelle a rendu de nombreux arrêts pour préciser les conditions d'application des articles L. 121-2 et L. 121-3 du code de la route, qui instituent des présomptions de responsabilité pour certaines infractions au code de la route.

Tout d'abord, il convient de souligner qu'elle a jugé que le titulaire du certificat d'immatriculation poursuivi pour excès de vitesse qui n'a pas contesté devant le juge du fond avoir été le conducteur du véhicule n'est pas recevable à élever une telle contestation pour la première fois devant la Cour de cassation (*Crim.*, 24 février 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 38, pourvoi n° 09-84.667).

S'agissant de la responsabilité pécuniaire du représentant légal d'une société, elle a affirmé par plusieurs arrêts 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 société elle-même (cf. notamment *Crim.*, 30 septembre 2009, *Bull. crim.* 2009, n° 163, pourvoi n° 09-80.178; *Crim.*, 13 janvier 2010, pourvoi n° 09-82.964; *Crim.*, 14 avril 2010, pourvoi n° 09-87.113 et *Crim.*, 15 septembre 2010, pourvoi n° 10-80.534). Dans le droit fil de cette jurisprudence, elle a jugé qu'un salarié d'une entreprise, titulaire d'une délégation de pouvoir, ne peut pas être déclaré redevable pécuniairement de l'amende encourue en cas d'excès de vitesse commis avec l'un des véhicules de la société. Les dispositions des articles L. 121-2 et L. 121-3 du code de la route doivent être interprétées strictement. C'est le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule qui doit être condamné comme redevable pécuniairement de l'amende encourue et, lorsque le véhicule appartient à une personne morale, son représentant légal (*Crim.*, 13 octobre 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 159, pourvoi n° 10-81.575).

La chambre criminelle a, par ailleurs, eu l'occasion de préciser qu'est redevable pécuniairement de l'amende encourue pour les contraventions à la réglementation sur les vitesses maximales autorisées, commises avec un véhicule dont une personne morale est locataire, le représentant légal de cette personne morale à la date de la commission des faits, peu important les circonstances postérieures (*Crim.*, 2 septembre 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 129, pourvoi n° 10-82.393).

S'agissant des causes d'exonération pouvant être invoquées par le représentant légal d'une société, il convient de rappeler que, par des arrêts du 26 novembre 2008, la chambre criminelle a jugé qu'il se déduit de la combinaison des articles L. 121-2 et L. 121-3 du code de la route que le représentant légal d'une personne morale est redevable pécuniairement de l'amende encourue pour les contraventions à la réglementation sur les vitesses maximales autorisées, commises avec un véhicule immatriculé au nom de cette personne morale, à moins qu'il n'établisse l'existence d'un événement de force majeure ou qu'il ne fournisse des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction (cf. notamment *Bull. crim.* 2008, n° 240, pourvoi n° 08-83.003). Pour elle, les cas d'exonération de la responsabilité pécuniaire du représentant légal d'une société en cas d'excès de vitesse commis avec l'un

des véhicules de la société étaient ceux prévus par l'article L. 121-2, alinéa 1, du code de la route, l'article L. 121-3, alinéa 3, disposant que « les deuxième et troisième alinéas de l'article L. 121-2 sont applicables dans les mêmes circonstances ».

À la suite de cet arrêt, la Cour de cassation a proposé une modification des dispositions de l'article L. 121-3 du code de la route. La proposition suivante figure dans son *Rapport annuel* de l'année 2008 (p. 21) :

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

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

L'article 133 de la loi du 12 mai 2009 a procédé à cette modification des dispositions de l'article L. 121-3 du code de la route. Dans sa rédaction issue de la loi du 12 mai 2009, l'article L. 121-3, alinéa 3, du code de la route dispose, en effet, 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.

La question s'est alors posée de savoir si ces dispositions nouvelles pouvaient s'appliquer aux contraventions commises avant leur entrée en vigueur. Par un jugement du 9 octobre 2009, pour relaxer un prévenu et dire qu'il n'était pas redevable pécuniairement de l'amende encourue, la juridiction de proximité de Paris a énoncé que le fait reproché ayant été commis le 23 décembre 2006, avant le revirement jurisprudentiel du 26 novembre 2008 et avant la nouvelle rédaction du dernier alinéa de l'article L. 121-3 du code de la route issue de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, lesquels constituent tous deux des dispositions plus sévères, le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère s'opposait à ce que ceux-ci soient applicables aux faits de l'espèce.

Par un arrêt du 15 septembre 2010, la chambre criminelle n'a pas retenu une telle analyse. Elle a jugé qu'en se déterminant ainsi, alors que l'amende encourue par la personne redevable pécuniairement au sens de l'article L. 121-3 du code de la route ne constituait pas une peine et que les dispositions nouvelles modifiant ledit article et prévoyant un régime différent d'exonération des redevables de cette amende ayant la qualité de représentants légaux d'une personne morale sont applicables même aux infractions commises antérieurement, la juridiction de proximité a méconnu les textes susvisés (Crim., 15 septembre 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 135, pourvoi n° 09-87.326).

La question s'est enfin posée de savoir si, pour déterminer le montant maximum de l'amende encourue par le représentant légal d'une personne morale au titre de l'article L. 121-3 du code

de la route, il convenait de se référer aux seules peines applicables aux personnes physiques ou à celles prévues par le code pénal pour les personnes morales (article 131-41 du code pénal). La chambre criminelle a eu l'occasion de juger que le montant de l'amende encourue par le représentant légal de la personne morale titulaire du certificat d'immatriculation, pour les contraventions à la réglementation sur les vitesses maximales autorisées, est celui défini par les articles R. 413-14 du code de la route et 131-13 du code pénal et que, dès lors, encourt la cassation l'arrêt qui condamne le représentant légal à une peine d'amende encourue, en application de l'article 131-41 du code pénal, par les seules personnes morales. Cette solution se comprend aisément, dès lors 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, personne physique, peut être déclaré redevable pécuniairement de l'amende encourue et non la société elle-même (Crim., 12 mai 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 83, pourvoi n° 10-80.031).

#### **4 – Homicide et blessures involontaires**

##### **Responsabilité pénale – Homicide et blessures involontaires – Faute – Faute caractérisée – Applications diverses – Enseignant**

*Crim., 12 janvier 2010, Bull. crim. 2010, n° 5, pourvoi n° 09-81.799*

Dans cette affaire, un étudiant dans un centre de formation d'apprentis, après avoir participé à un repas de classe organisé à l'initiative des élèves, tous majeurs, avec l'aval d'un professeur, repas au cours duquel il avait consommé de l'alcool, a trouvé la mort alors qu'il circulait sur une route départementale sous l'empire d'un état alcoolique caractérisé par un taux d'alcoolémie de 2,19 g d'alcool par litre, après avoir perdu le contrôle de son véhicule.

La cour d'appel a confirmé la condamnation de l'enseignant en relevant qu'il ressortait de l'enquête que ce dernier avait tout à la fois commis des actes positifs et volontaires – achat et introduction dans l'établissement de boissons alcoolisées – et des imprudences ou négligences – défaut de surveillance pendant et après le repas, absence momentanée que rien ne justifiait – qui par leur accumulation avaient permis le départ de la victime qui avait pu quitter le centre au volant de sa voiture alors qu'elle était sous l'empire d'un état alcoolique et inapte à conduire le véhicule.

Le pourvoi formé par l'intéressé a été rejeté par la chambre criminelle qui a considéré qu'il était suffisamment établi que le prévenu, qui a contribué à créer la situation ayant permis la réalisation du dommage et n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter, a commis une faute caractérisée qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer, au sens de l'article 121-3, alinéa 4, du code pénal.

##### **Responsabilité pénale – Homicide et blessures involontaires – Personne responsable – Faute – Lien de causalité – Cause certaine**

*Crim., 9 mars 2010, Bull. crim. 2010, n° 49, pourvoi n° 09-80.543*

Par cet arrêt, la chambre criminelle s'est prononcée sur la responsabilité pénale d'une personne morale, un centre hospitalier universitaire (CHU), en raison de l'existence d'une faute touchant à l'organisation du service.

En l'espèce, une jeune femme avait été transportée par les pompiers dans un hôpital après une chute depuis sa terrasse. À son arrivée au service des urgences, elle avait été prise en charge par une infirmière d'accueil et d'orientation et orientée en zone chirurgie avec une priorité 4 (prise en charge médicale non urgente). En raison de douleurs, elle avait été examinée, non par le médecin senior de la zone comme le prévoyait le règlement intérieur (du fait de son départ) mais par une interne qui avait prescrit une radio puis, ultérieurement, son état se dégradant, par un médecin qui diagnostiquait un pneumothorax dont elle décédait peu après.

Le centre hospitalier universitaire dont dépend l'hôpital a été poursuivi pour homicide involontaire. Relaxé par les premiers juges, il a été déclaré coupable des faits par la cour d'appel qui a retenu qu'en ne permettant pas, en infraction au règlement intérieur de l'hôpital imposant la présence d'un médecin senior dans chaque unité fonctionnelle de ce service, à la patiente d'être examinée par un médecin senior tant lors de son arrivée qu'à son retour du service de radiologie alors que le diagnostic vital était engagé, il avait commis une faute entretenant un lien de causalité certain avec la mort de la victime.

Saisie par le CHU d'un pourvoi, la chambre criminelle a considéré que la cour d'appel avait justifié sa décision.

## 5 – Incendie involontaire

### Incendie involontaire – Manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement – Source et nature de l'obligation – Recherche nécessaire

*Crim., 12 janvier 2010, Bull. crim. 2010, n° 3, pourvoi n° 09-81.936*

L'article 322-5, alinéa 1, du code pénal sanctionne la destruction, la dégradation ou la détérioration involontaire d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'une explosion ou d'un incendie provoqués par manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement.

La Cour de cassation s'est prononcée ici sur l'un des éléments constitutifs du délit qui consiste en un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement.

En l'espèce, le salarié d'une entreprise, qui travaillait dans le grenier d'un casino, avait fumé dans le local puis jeté le mégot de cigarette sans l'éteindre sur un parquet en bois à proximité d'un amoncellement de cartons, provoquant l'incendie du casino.

La chambre criminelle a considéré que ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui condamne le prévenu pour dégradation involontaire par explosion ou incendie en retenant qu'il a eu conscience d'avoir commis un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement en fumant dans le local où il travaillait et en y abandonnant sans l'éteindre un mégot de cigarette, sans préciser la source et la nature de cette obligation.



## 6 – Mise en danger d'autrui

Mise en danger de la personne – Risques causés à autrui – Éléments constitutifs – Violation délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence – Obligation particulière de sécurité ou de prudence – Cas *Crim.*, 29 juin 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 120, pourvoi n° 09-81.661

Aux termes de l'article 223-1 du code pénal, le délit de mise en danger d'autrui suppose la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement exposant autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente.

En l'espèce, à la suite des plaintes de plusieurs patientes suivies pendant de nombreuses années pour des problèmes de stérilité, un médecin gynécologue exerçant en cabinet libéral était renvoyé, au terme de l'information judiciaire, devant le tribunal correctionnel pour mises en danger d'autrui par violation manifestement délibérée d'une obligation réglementaire de sécurité et de prudence.

Plus précisément, il lui était reproché d'avoir prodigué des soins et prescrit des médicaments non conformes aux règles de l'art et aux données actuelles de la science, notamment en donnant des traitements ayant constitué un danger vital pour les patientes ou les fœtus, sans prise en compte des risques particuliers encourus, en l'absence de compétence ordinaire pour faire de la chirurgie gynécologique et dans le non-respect des références médicales opposables élaborées par l'Agence nationale pour le développement de l'évaluation médicale et le non-respect de l'arrêté du 12 janvier 1999 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation.

La chambre a jugé que justifie sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer ce médecin coupable de mise en danger d'autrui, retient qu'en réalisant des assistances médicales à la procréation en méconnaissance des dispositions de l'article L. 2141-1 du code de la santé publique et de l'arrêté du 12 janvier 1999 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation, alors que les traitements de stimulations ovariennes réalisées à de fortes posologies peuvent entraîner un risque mortel d'hémorragie, d'épanchement, de phlébite ou d'embolie pulmonaire, il a, par la violation manifestement délibérée d'obligations particulières de sécurité ou de prudence imposées par la loi et le règlement, exposé plusieurs patientes à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente.

## 7 – Protection de la nature et de l'environnement

Appel correctionnel ou de police – Appel de la partie civile – Relaxe du prévenu en première instance – Cause d'irresponsabilité pénale – Effet

Protection de la nature et de l'environnement – Protection de la faune et de la flore – Préservation et surveillance du patrimoine biologique – Délit de destruction d'animaux non domestiques d'espèces protégées – Éléments constitutifs – Élément moral

**Action civile – Recevabilité – Association – Infraction en matière de protection de la nature et de l’environnement – Condition**

*Crim., 1<sup>er</sup> juin 2010, Bull. crim. 2010, n° 96, pourvoi n° 09-87.159*

Dans cette affaire, le requérant, qui participait à une partie de chasse aux sangliers, a été poursuivi par une ourse (dénommée « Cannelle ») à laquelle il a porté un coup de feu mortel. Poursuivi pour destruction d’un animal appartenant à une espèce protégée, il a été relaxé par les premiers juges qui ont retenu une cause d’irresponsabilité pénale tenant à l’état de nécessité. Sur appel des parties civiles, la cour d’appel a retenu sa responsabilité à raison des faits poursuivis après avoir apprécié l’existence ou non du fait justificatif et considéré que le chasseur avait eu un comportement fautif antérieur au coup de feu qui ne lui permettait pas d’invoquer l’état de nécessité.

La troisième branche du premier moyen du pourvoi formé par le chasseur portait sur la question des éléments constitutifs du délit de destruction d’une espèce animale protégée.

Il résulte de l’article L. 411-1 du code de l’environnement tel qu’il résulte de la loi du 10 juillet 1976 que « lorsqu’un intérêt scientifique particulier ou que les nécessités de la préservation du patrimoine biologique justifient la conservation d’espèces animales non domestiques [...] [est] interdit[e] [...] la destruction [...] d’animaux de ces espèces ».

L’article L. 415-3 du code de l’environnement sanctionne plus précisément le délit d’atteinte à la conservation d’une espèce animale non domestique protégée, par destruction d’un animal de cette espèce.

Or, ce texte ne donne aucune indication sur l’élément intellectuel de cette infraction, qui peut revêtir différentes formes selon l’énumération des l’article L. 411-1, ni sur l’intention éventuellement requise.

La chambre criminelle avait déjà eu à se prononcer à plusieurs reprises sur ce délit, dans le cas d’une destruction d’un animal d’une espèce protégée. C’est ainsi, qu’en 1997 et 2001, elle avait pris position sur l’élément moral en énonçant, dans des espèces où un chasseur avait soutenu ne pas avoir reconnu l’animal avant de tirer ou l’avoir confondu avec un autre, que « la faute d’imprudence caractérise l’élément intentionnel de l’infraction ».

Reprenant cette solution, elle énonce qu’une faute d’imprudence suffit à caractériser l’élément moral du délit d’atteinte à la conservation d’espèces animales non domestiques protégées, prévu par l’article L. 415-3 du code de l’environnement.

Voir également le commentaire de cet arrêt *supra*, rubrique droit pénal et procédure pénale (VII), procédure pénale (A), appel correctionnel ou de police (3), p. 419.

## **8 – Urbanisme**

**Urbanisme – Permis de construire – Construction sans permis ou non-conforme – Action civile – Préjudice – Démolition demandée à titre de réparation civile – Avis préalable du maire ou du fonctionnaire compétent – Nécessité – Exclusion**

*Crim., 3 novembre 2010, Bull. crim. 2010, n° 172, pourvoi n° 10-80.752*

**Urbanisme – Permis de construire – Construction sans permis ou non conforme – Démolition, mise en conformité ou réaffectation du sol – Observations écrites ou audition du maire ou du fonctionnaire compétent – Cas – Conclusions du maire demandant la mise en conformité des lieux ou la démolition de l'ouvrage**

*Crim.*, 3 novembre 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 173, pourvoi n° 09-87.968

La Cour de cassation a rendu le même jour deux arrêts importants relatifs à la possibilité pour les juges d'ordonner la remise en état des lieux après une condamnation pour infractions au code de l'urbanisme.

En premier lieu, elle a énoncé que les juges disposent d'un pouvoir d'appréciation quant au prononcé de cette mesure (*contra* *Crim.*, 9 septembre 2008, *Bull. crim.* 2008, n° 178, pourvoi n° 07-88.699) et rappelé que, lorsqu'une demande de remise en état des lieux ou de démolition est faite à titre de réparation civile, l'avis préalable du maire ou du fonctionnaire compétent n'est pas nécessaire (*Crim.*, 9 avril 2002, *Bull. crim.* 2002, n° 82, pourvoi n° 01-81.142).

En second lieu, elle est revenue sur sa jurisprudence qui résultait d'un arrêt du 14 septembre 1999 (pourvoi n° 98-85.930), pour considérer que constituent les observations écrites exigées par l'article L. 480-5 du code de l'urbanisme les conclusions dans lesquelles le maire, représentant la commune partie civile, demande la mise en conformité des lieux ou la démolition de l'ouvrage.

Dans la première espèce (pourvoi n° 10-80.752), la prévenue était poursuivie pour avoir fait construire sans permis une maison d'habitation sur un terrain situé dans une zone inconstructible constituant une zone naturelle à protéger.

Les premiers juges l'ont condamnée, mais sans ordonner la démolition ou la remise en état des lieux en application de l'article L. 480-5 du code de l'urbanisme.

Sur appel de la commune, la cour d'appel l'a déclarée coupable d'avoir construit une villa sur un terrain inconstructible dans une zone protégée, en lisière de forêt, en violation des prescriptions du plan d'urbanisme et de la situation de la parcelle et a fait droit à la demande de démolition présentée par la commune, faite à titre de réparation civile, du préjudice causé à l'environnement et subi par elle.

Saisie par la prévenue d'un pourvoi dont le second moyen consistait à faire état de l'absence d'observations écrites ou d'audition du maire ou du fonctionnaire compétent, la chambre criminelle a énoncé qu'est inopérant ce moyen, en ce qu'il allègue que le maire n'aurait pas été entendu, dès lors que son avis n'était pas nécessaire au prononcé de la démolition à titre de réparation civile.

Dans la seconde espèce (pourvoi n° 09-87.968), le prévenu était poursuivi pour avoir, en méconnaissance d'un permis de construire, construit deux logements d'habitation au lieu d'un garage, édifié des murets et créé des ouvertures non conformes au plan d'occupation des sols; devant le tribunal correctionnel, la commune s'était constituée partie civile et avait conclu à la remise en état des lieux. Les premiers juges ont déclaré le prévenu coupable et ordonné la remise en état, étant en cela confirmés par la cour d'appel.

Saisie d'un pourvoi du prévenu, la chambre criminelle a indiqué que constituent les observations écrites exigées par l'article L. 480-5 du code de l'urbanisme les conclusions dans lesquelles le maire, représentant la commune partie civile, demande la mise en conformité des lieux ou la démolition de l'ouvrage.

## **D – Droit pénal économique et financier**

### **1 – Abus de confiance**

**Abus de confiance – Détournement – Chose détournée – Bien remis à titre précaire – Taxe d'apprentissage**

*Crim., 13 janvier 2010, Bull. crim. 2010, n° 6, pourvoi n° 08-83.216*

**Abus de confiance – Maison individuelle – Contrat de construction – Appels de fonds sans délivrance d'attestation de garantie – Sommes détenues à titre précaire et perçues en violation des dispositions d'ordre public du code de la construction et de l'habitation – Conséquences**

*Crim., 24 février 2010, Bull. crim. 2010, n° 36, pourvoi n° 08-87.806*

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 et pour cela d'examiner l'économie d'ensemble de l'opération sans s'estimer liées par la qualification éventuellement donnée par les parties à la remise.

Dans la première espèce (pourvoi n° 08-83.216), la remise à titre précaire aux établissements de formation de la taxe d'apprentissage était contestée en vain par le pourvoi dès lors que le mécanisme comptable de la taxe d'apprentissage est celui d'une ressource dite « affectée » : l'établissement bénéficiaire encaisse la taxe d'apprentissage collectée sur un compte de tiers où il la conserve en attente d'utilisation. La budgétisation intervient ensuite pour un montant toujours égal entre recettes et dépenses : il ne peut donc y avoir de résultat comptable qui viendrait, grâce à la taxe d'apprentissage « enrichir » l'établissement.

Dans la seconde espèce (pourvoi n° 08-87.806), les prévenus, gérant d'une entreprise de construction, avaient été déclarés coupables d'abus de confiance pour avoir détourné des appels de fonds effectués dès la signature des contrats alors qu'aucune attestation de garantie n'avait été délivrée par l'assureur et que les clients n'avaient pu obtenir le remboursement de leurs avances. Le moyen exposait que ces versements constituaient des acomptes sur le prix qui, remis en pleine propriété, ne pouvaient faire l'objet de détournements. La chambre approuve la cour d'appel d'être entrée en voie de condamnation : les sommes reçues des acquéreurs, dès lors qu'elles avaient été perçues en violation des dispositions, d'ordre

public, du code de la construction et de l'habitation, ne pouvaient constituer des acomptes et étaient détenues à titre précaire.

## 2 – Blanchiment

### Blanchiment – Éléments constitutifs – Élément légal – Infraction générale, distincte et autonome – Portée

*Crim.*, 24 février 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 37, pourvoi n° 09-82.857

Pour bien mesurer la portée de cet arrêt, il convient d'avoir présent à l'esprit que jusqu'à la loi n° 2000-595 du 30 juin 2000, les faits de corruption active et de corruption passive d'un agent public étranger, dorénavant prévus et réprimés par les articles 435-1 et 435-3 du code pénal tels qu'ils résultent de la loi précitée et de la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007, n'étaient pas incriminés en droit français. L'article 432-11 du code pénal ne visait – et ne continue de viser – que la corruption passive des agents publics français.

Dans les faits de l'espèce, le ministre d'un pays étranger qui avait perçu de compagnies pétrolières, de 1995 à 1999, des commissions en contrepartie de l'octroi de concessions ou de licences d'exploitation dans son pays et avait transféré les fonds ainsi obtenus sur le territoire français pour les déposer dans des banques et les utiliser pour l'acquisition de biens immobiliers ou mobiliers était poursuivi, en France, du chef de blanchiment aggravé pour avoir, de façon habituelle, fait transiter, circuler et convertir le produit de la corruption active et passive dans cet état étranger.

Condamné en appel, le prévenu soutenait dans son pourvoi que l'infraction de blanchiment est une infraction de conséquence, qui nécessite pour être retenue que soient relevés précisément les éléments constitutifs d'un crime ou d'un délit principal ayant procuré à son auteur un profit direct ou indirect. Il en déduisait que lorsque, comme en l'espèce, il résulte des constatations du juge du fond que le délit principal ne pouvait être constitué, à l'époque où il est supposé avoir été commis, faute d'incrimination par le droit pénal français, il ne saurait y avoir de blanchiment.

Cette argumentation n'a pas convaincu la chambre criminelle qui souligne que l'infraction de blanchiment est une infraction générale, distincte et autonome du délit principal. En conséquence, elle approuve la cour d'appel d'être entrée en voie de condamnation dès lors que cette dernière relevait que, d'une part, les faits constitutifs de l'infraction principale étaient réprimés en France sous la qualification de corruption d'un dépositaire de l'autorité publique, d'autre part, les textes qui définissent le délit de blanchiment n'imposent ni que l'infraction ayant permis d'obtenir les sommes blanchies ait eu lieu sur le territoire national, ni que les juridictions françaises soient compétentes pour la poursuivre.

Cette jurisprudence s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt du 20 février 2008 (*Bull. crim.* 2008, n° 43, pourvoi n° 07-82.977), dans lequel la chambre criminelle a jugé que la poursuite du délit de blanchiment, infraction générale, distincte et autonome, n'est pas soumise aux dispositions de l'article L. 228 du livre des procédures fiscales et qu'en conséquence justifie sa décision la cour d'appel qui pour déclarer le prévenu coupable de blanchiment de fraude fiscale retient notamment que l'article 324-1 du code pénal n'impose pas que des

poursuites aient été préalablement engagées ni qu'une condamnation ait été prononcée du chef du crime ou du délit ayant permis d'obtenir les sommes d'argent blanchies, mais qu'il suffit que soient établis les éléments constitutifs de l'infraction principale ayant procuré les sommes litigieuses.

On observera que la jurisprudence commentée conserve tout son intérêt pour les poursuites en France de blanchiment de fonds provenant des délits de trafic d'influence commis en direction d'un agent public étranger n'exerçant pas ses fonctions au sein d'une organisation internationale publique, faits non incriminés en droit français.

### 3 – Infractions relatives aux commissaires aux comptes

#### Société – Commissaire aux comptes – Exercice de la profession malgré une incompatibilité légale – Conditions – Détermination

*Crim.*, 16 juin 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 110, pourvoi n° 09-81.813

La loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 de sécurité financière a réformé le régime des incompatibilités propres à l'exercice des fonctions de commissaires aux comptes.

La loi distingue les incompatibilités dites générales, énoncées à l'article L. 822-10 du code de commerce, des incompatibilités dites spéciales.

Aux termes de l'article L. 822-10 précité, les fonctions de commissaire aux comptes sont incompatibles « 1° avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance ; 2° avec tout emploi salarié [...] ; 3° avec toute activité commerciale, qu'elle soit exercée directement ou par personne interposée ».

Les incompatibilités spéciales sont désormais l'objet de l'article L. 822-11 dudit code qui, notamment en son I, prohibe la prise d'intérêts par un commissaire aux comptes dans les termes suivants : « le commissaire aux comptes ne peut prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt auprès de la personne ou de l'entité dont il est chargé de certifier les comptes, ou auprès d'une personne qui la contrôle ou qui est contrôlée par elle, au sens des I et II de l'article L. 233-3 ».

Dans cet arrêt, la chambre criminelle précise pour la première fois, au regard de la loi précitée de 2003, les éléments constitutifs du délit d'exercice des fonctions de commissaire aux comptes malgré une incompatibilité légale prévu à l'article L. 820-6 du code de commerce.

Aux termes de cet article « est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7 500 euros le fait pour toute personne d'accepter, d'exercer ou de conserver les fonctions de commissaire aux comptes, nonobstant les incompatibilités légales, soit en son nom personnel, soit au titre d'associé dans une société de commissaire aux comptes ».

Dans les faits de l'espèce, un commissaire aux comptes était poursuivi sur le fondement des articles L. 820-6 et L. 822-10 précités pour avoir bénéficié gracieusement de séjours de thalassothérapie dans un hôtel exploité par une filiale de la société dont il certifiait les comptes. Pour le déclarer coupable de ces chefs, l'arrêt relevait que le prévenu avait profité, en connaissance de cause, d'un avantage financier « le plaçant nécessairement dans

une situation susceptible d'altérer son indépendance à l'égard de la société qu'il avait pour mission de contrôler ».

Par cette motivation, la cour d'appel reconnaissait implicitement que l'article L. 822-10 était suffisamment précis pour fonder une condamnation pénale et qu'il appartenait aux juges du fond d'apprécier souverainement les situations ou activités de nature à porter atteinte à l'indépendance du commissaire aux comptes.

Cette analyse rejoignait celle du Conseil d'État (CE, 12 octobre 2009, n° 311641, publié au *Recueil Lebon*) qui a jugé, dans une espèce où le requérant soutenait que le principe de légalité des infractions et des peines s'opposait à ce que le Haut conseil du commissariat aux comptes pût lui infliger une sanction fondée sur la méconnaissance de l'article L. 225-222 du code de commerce (devenu l'article L. 822-10), que pour ce qui concerne les sanctions susceptibles d'être infligées aux membres des professions réglementées, y compris celles revêtant un caractère disciplinaire, le principe de la légalité des délits est satisfait, dès lors que les textes applicables font référence à des obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent.

Adoptant une conception rigoureuse du principe de la légalité des infractions, la chambre criminelle censure l'arrêt de la cour d'appel : dès lors que les juges du fond caractérisaient une situation de prise d'intérêts par le commissaire aux comptes, ils ne pouvaient qualifier cette situation d'incompatibilité légale sans rechercher si cette prise d'intérêt était prohibée par l'article L. 822-11 I du code de commerce.

La chambre juge ainsi que le texte pénal ne peut s'appliquer que pour autant que le comportement du commissaire aux comptes enfreint les règles définies par le I de l'article L. 822-11 qui détermine les conditions dans lesquelles le commissaire aux comptes ne peut « prendre, recevoir ou conserver un intérêt auprès d'une personne qui est contrôlée par celle dont il est chargé de certifier les comptes ».

Or, l'article L. 822-11 I ne prohibe la prise d'intérêt par un commissaire aux comptes dans une société filiale de la société dont il certifie les comptes que si les liens de contrôle existant entre ces deux sociétés sont ceux prévus à l'article L. 233-3 du code de commerce.

#### **4 – Réglementation économique**

**Réglementation économique – Concurrence – Visites domiciliaires – Article L. 450-4 du code de commerce dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 – Contentieux soumis au premier président de la cour d'appel – Procédure applicable**

*Crim.*, 8 septembre 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 132, pourvoi n° 09-84.467

*Crim.*, QPC, 22 septembre 2010, n° 5351, pourvoi n° 10-90.099

Si l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 a ouvert un appel devant le premier président de la cour d'appel de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention autorisant l'administration de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

à effectuer des opérations de visite et de saisie de documents en vue de rechercher la preuve de pratiques anticoncurrentielles, ladite ordonnance, codifiée à l'article L. 450-4 du code de commerce, ne précise pas selon quelles règles de procédure cet appel doit être examiné.

Dans l'arrêt commenté, la chambre criminelle pose le principe que sauf dispositions contraires les règles de la procédure civile sont applicables devant le premier président de la cour d'appel.

En conséquence, n'encourt pas la cassation l'ordonnance du premier président de la cour d'appel :

- qui a été rendue hors la présence du ministère public, l'article 450-4 du code de commerce ne prévoyant la présence du ministère public à l'audience que si celui-ci a relevé appel de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ;
- qui ne mentionne pas que la personne visée par l'autorisation ou son conseil a eu la parole en dernier ; en effet il résulte de l'article 446 du code de procédure civile que les dispositions relatives à l'ordre dans lequel les parties exposent leurs prétentions ne sont pas prescrites à peine de nullité ;
- qui a été rendue publique par mise à disposition au greffe de la cour, l'ordonnance ayant été ainsi rendue conformément aux dispositions de l'article 450 du code de procédure civile.

On relèvera également que, par l'arrêt précité du 22 septembre 2010, la chambre criminelle a jugé qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question suivante : « l'article L. 450-4 du code de commerce porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, à savoir les droits de la défense, le droit au juge, le droit au respect de la vie privée, le droit à la propriété et à la liberté d'entreprendre ? » Cette question ne présente pas en effet un caractère sérieux, les droits dont la méconnaissance est invoquée étant garantis, tout au long de la procédure, par l'intervention d'un juge judiciaire dont les décisions motivées sont soumises à un recours effectif et à qui il appartient d'assurer la conciliation entre les droits visés dans la question et les nécessités de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles.

**Réglementation économique – Concurrence – Visites domiciliaires – Régularité des opérations – Contrôle – Compétence – Détermination – Cas**  
*Crim., 2 juin 2010, Bull. crim. 2010, n° 100, pourvoi n° 08-87.326*

Par décision de la Commission européenne, il avait été ordonné à une société de se soumettre à une inspection, diligentée en application de l'article 20 § 4 du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relative à d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles dans le secteur des services de classification de navires de la marine marchande. Il résulte de ce texte que lorsque la commission procède à des inspections elle peut demander l'assistance des agents de l'État membre intéressé, l'autorité nationale saisie agissant en application de son droit national. Cette assistance est indispensable à la Commission lorsque l'entreprise concernée s'oppose à l'inspection ordonnée, les agents de la Commission ne disposant pas de la force contraignante. L'assistance peut également être demandée à titre préventif.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation précise, pour la première fois, que le juge des libertés et de la détention qui a rendu une ordonnance autorisant, à titre préventif, les agents de



la Direction nationale des enquêtes de concurrence, de consommation et de répression des fraudes (DNECCRF) à effectuer des opérations de visite et de saisie dans les locaux d'une société pour assister les agents de la Commission européenne est incompétent pour statuer sur la régularité de ces opérations, dès lors qu'il constate que son ordonnance n'a pas été mise en œuvre par les enquêteurs de la DNECCRF en l'absence d'opposition de la société aux opérations de visite et de saisie effectuées par les agents de la Commission européenne.

## 5 – Presse

**Presse – Diffamation – Éléments constitutifs – Élément matériel – Allégation ou imputation d'un fait précis – Articulation précise de faits susceptibles d'être sans difficulté l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire**

*Ass. plén., 25 juin 2010, Bull. crim. 2010, Ass. plén., n° 1, pourvoi n° 08-86.891*

L'arrêt de l'assemblée plénière du 25 juin 2010 ci-dessus rapporté vient préciser la définition de la diffamation par voie de presse, infraction prévue et réprimée par les articles 23, 29, alinéa 1<sup>er</sup>, 30, 43, 47 et 48 de la loi du 29 juillet 1881. Son intérêt est de délimiter ce qui relève de la diffamation, en matière de presse, de ce qui tient de l'injure ou de l'expression d'une libre opinion.

L'on sait que doctrine et jurisprudence s'accordent pour considérer que le délit de diffamation suppose la réunion des éléments suivants :

- l'allégation ou l'imputation d'un fait ;
- le fait doit être de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération ;
- l'allégation ou l'imputation doit viser une personne ou un corps ;
- il doit y avoir publicité ;
- l'auteur des faits doit être de mauvaise foi, celle-ci étant cependant présumée.

En l'espèce, seule l'existence d'un fait diffamatoire était litigieuse.

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, pour être diffamatoire le fait doit être précis et/ou déterminé. Mais cette jurisprudence manque de clarté et d'homogénéité sur le point de savoir quand un fait peut être qualifié de précis ou déterminé :

- dans certains cas, elle se détermine en fonction de la seule nature des faits, sans exiger d'autres précisions ; elle retient ainsi comme diffamatoires l'expression « repris de justice », l'imputation faite à quelqu'un d'avoir été l'objet de « condamnations », l'assimilation d'une association culturelle à une association de malfaiteurs, l'imputation d'assassinats, l'imputation de meurtres ;
- dans d'autres cas, elle exige, pour retenir la diffamation, que l'imputation ou l'allégation du fait repose sur des précisions, comme les circonstances de temps et/ou de lieu ou d'autres éléments d'identification.

L'arrêt de l'assemblée plénière du 25 juin 2010 fixe un autre critère : un fait est précis ou déterminé et donc diffamatoire quand il est « de nature à être, sans difficulté, l'objet d'une preuve ou d'un débat contradictoire ». Si le fait allégué ou imputé ne peut être prouvé ou débattu contradictoirement, il n'est susceptible de constituer qu'une injure. En l'espèce, il était évident que l'imputation de centaines d'assassinats, étalés sur un demi-siècle, ne

pouvait être prouvée ou débattue contradictoirement et, il ne faut pas l'oublier, sans difficulté. D'où l'approbation de l'arrêt de la cour d'appel de renvoi.

À vrai dire, l'assemblée plénière n'a pas innové. Le critère qu'elle énonce se trouvait affirmé dans de nombreuses décisions antérieures de la chambre criminelle. C'est celle-ci qui, par son arrêt du 11 juillet 2007 (poursuite n° 06-86.024) ayant cassé un premier arrêt confirmatif de relaxe et renvoyé l'affaire devant la cour d'appel de Versailles, a méconnu sa propre jurisprudence, ouvrant la voie à l'intervention de l'assemblée plénière.

**Convention européenne des droits de l'homme – Article 10 § 2 – Liberté d'expression – Presse – Délit de publication d'enregistrement effectué sans autorisation à l'audience d'une juridiction – Compatibilité**  
*Crim., 8 juin 2010, Bull. crim. 2010, n° 103, pourvoi n° 09-87.526*

Par un arrêt du 8 juin 2010, la Cour de cassation a été appelée à se prononcer sur la compatibilité de l'article 38 *ter* de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, proclamant le principe de la liberté d'expression.

L'article 38 *ter* institue en effet une restriction à cette liberté en interdisant l'emploi de tout appareil d'enregistrement ou de transmission de la parole ou de l'image lors des audiences des juridictions, seules étant autorisées les prises de vue réalisées avant le commencement des débats avec l'accord du président.

Cette incrimination prend place dans une série de prohibitions de diffusion d'informations liées au procès, prévues aux articles 35 *ter* et suivants de la loi sur la presse, qui visent soit à la protection de la présomption d'innocence (interdiction de publier les actes de procédure avant leur lecture publique, de l'article 38; interdiction de publier l'image d'une personne menottée, ou détenue, de l'article 35 *ter*; interdiction de publier un sondage d'opinion sur la culpabilité de l'article 35 *ter*), soit à la sauvegarde de la sérénité des débats (interdiction des enregistrements pendant les audiences, de l'article 38 *ter*; interdiction de certains comptes rendus judiciaires, de l'article 39), soit à la protection de l'autorité de la justice (l'article 40 interdit d'ouvrir une souscription pour le paiement des amendes ou des dommages-intérêts).

Dans une perspective différente et dans un souci de conservation documentaire, l'ordonnance n° 2004-178 du 20 février 2004 a inséré dans le code du patrimoine, aux articles L. 221-1 et suivants, des dispositions, se substituant à celles de la loi n° 85-699 du 11 juillet 1985, destinées à permettre l'enregistrement des audiences lorsque cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice.

La jurisprudence interne sur l'application de l'article 38 *ter* est rare et le droit comparé traduit les hésitations rencontrées pour concilier les valeurs en concours.

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu, le 6 mai 2003, dans une affaire P4 Radio Hele Norge ASA c. Norvège (requête n° 76682/01), une décision de rejet de la requête : après avoir analysé les intérêts en présence, la Cour énonce que « les autorités nationales, en particulier les cours et tribunaux, sont mieux à même que la Cour européenne de décider, une fois les parties entendues, si la diffusion en direct d'une affaire donnée est susceptible

de porter atteinte à une bonne administration de la justice » ; et elle observe que « les États contractants doivent bénéficier d'une grande marge d'appréciation lorsqu'ils réglementent la liberté pour la presse de retransmettre des audiences judiciaires en direct ».

À titre de comparaison, il est utile de rappeler que la Cour européenne a jugé que certaines dispositions de notre droit de la communication n'étaient pas conformes à l'article 10 de la Convention : ainsi de l'article 36 de la loi du 29 juillet 1881 punissant l'offense envers un chef d'État étranger (CEDH, 25 juin 2002, Colombani et autres c. France, requête n° 51279/99), ou bien de celles de la loi du 2 juillet 1931 interdisant toute information relative à une constitution de partie civile (CEDH, 3 octobre 2000, Du Roy et Malaurie c. France, requête n° 34000/96).

La chambre criminelle elle-même a, en 2001, rendu plusieurs arrêts constatant la non compatibilité de certaines interdictions de publication avec l'article 10 :

– Crim., 16 janvier 2001 (*Bull. crim.* 2001, n° 10, pourvoi n° 00-83.608) et 27 mars 2001 (*Bull. crim.* 2001, n° 80, pourvoi n° 00-85.454), à propos de la loi du 2 juillet 1931 interdisant toute information sur les constitutions de partie civile ;

– Crim., 4 septembre 2001 (*Bull. crim.* 2001, n° 170, pourvoi n° 00-85.329), à propos de l'interdiction de publication de sondages électoraux ;

– Crim., 20 février 2001 (pourvoi n° 98-84.846) : approbation de l'arrêt de la cour d'appel de Paris, déclarant non conforme à la Convention l'article 38, alinéa 3, de la loi de 1881 incriminant la reproduction des circonstances d'un crime.

Une recherche du service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation montre que les pays voisins ont adopté soit un système de prohibition absolue de filmer et d'enregistrer les débats d'audience (à l'exemple de l'Allemagne), soit une pratique fondée sur l'accord du président et le consentement des parties au procès (comme en Italie).

Une Recommandation du Conseil de l'Europe – Rec (2003) 13 – du 10 juillet 2003, sur la diffusion d'informations par les media en relation avec les procédures pénales, comporte un principe 14 énonçant que « les reportages en direct ou les enregistrements effectués par les médias dans les salles d'audience ne devraient pas être possibles, sauf si et dans la mesure où la loi ou les autorités judiciaires compétentes le permettent explicitement. De tels reportages ne devraient être autorisés que s'il n'en résulte aucun risque sérieux d'influence indue sur les victimes, les témoins, les parties aux procédures pénales, les jurés ou les magistrats ».

Au cas d'espèce, la chambre criminelle avait à connaître de la diffusion, sur une chaîne de télévision régionale, d'une séquence filmée au moment du prononcé, par le président d'une cour d'assises, du verdict dans une affaire particulièrement médiatisée, concernant l'assassinat d'un préfet ; il avait été établi que cet enregistrement avait été réalisé à partir de la salle de presse dans laquelle les audiences de la cour d'assises étaient retransmises en direct par un système de vidéo transmission interne, salle considérée comme une annexe de la salle d'audience, gardée par des gendarmes et à laquelle ne pouvaient accéder que les journalistes accrédités.

Poursuivi sur le fondement de l'article 38 *ter*, le rédacteur en chef de la station de télévision a d'abord été relaxé par les premiers juges, qui ont retenu que « la diffusion incriminée,

qui n'était pas susceptible de troubler les débats et qui était dépourvue de subjectivité critiquable, ne pouvait nuire à l'ordre, ni aux droits d'autrui, ni à l'autorité judiciaire » et que « compte tenu des circonstances particulières à l'espèce, la condamnation du prévenu pour avoir pris la décision de diffuser l'enregistrement litigieux ne correspond à aucun besoin social impérieux et n'est pas nécessaire dans une société démocratique ».

La cour d'appel a infirmé ce jugement, en relevant notamment que « si la vidéo incriminée se rapporte bien à une question d'intérêt général, en sorte qu'est nécessairement étroite la marge d'appréciation permettant de restreindre la captation et la diffusion des images caractérisant la liberté d'informer, la procédure prévue par les dispositions de l'article 38 *ter* de la loi du 29 juillet 1881 constitue un équilibre entre cette liberté et les autres intérêts en jeu, en particulier la sérénité des débats, laquelle relève de l'appréciation du président de la cour d'assises et le droit à l'image des parties intéressées » et qu'« il y a lieu de constater que, les débats du procès de [M. X...] étant certes clos, mais l'audience toujours en cours, le prononcé du verdict ne pouvait faire l'objet d'un enregistrement, et cet enregistrement d'une diffusion vidéo, faute d'avoir recueilli l'autorisation et les consentements prévus par la loi ».

Par arrêt du 8 juin 2010, la chambre criminelle a approuvé cette analyse : « si toute personne a droit à la liberté d'expression, et si le public a un intérêt légitime à recevoir des informations relatives aux procédures en matière pénale ainsi qu'au fonctionnement de la justice, l'exercice de ces libertés comporte des devoirs et des responsabilités et peut être soumis, comme dans le cas d'espèce, à des restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

**Presse – Diffamation – Preuve de la vérité des faits diffamatoires – Moyens – Document obtenu par un moyen déloyal – Pouvoirs des juges du fond**

*Presse – Diffamation – Exclusion – Cas – Article traitant d'un sujet d'intérêt général Crim., 19 janvier 2010, Bull. crim. 2010, n° 12, pourvoi n° 09-84.408*

Par un arrêt du 19 janvier 2010, la Cour de cassation a fait application du principe de liberté de la preuve dans un procès de diffamation où étaient produites, au titre de l'offre de preuve, des correspondances émanant de l'avocat de la partie civile.

L'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions juridiques et judiciaires, dispose qu'« en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ».

Il est des cas, cependant, dans lesquels les correspondances couvertes par le secret peuvent être produites :

- lorsqu'elles sont de nature à établir la preuve de la participation de l'avocat à une infraction (Crim., 27 juin 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 163, pourvoi n° 01-81.865, ou encore Crim., 20 janvier 1993, *Bull. crim.* 1993, n° 29, pourvois n° 92-85.548 et 92-85.548) ;

- lorsqu'elles sont produites par le client lui-même à l'appui de ses conclusions (Crim., 21 janvier 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 17, pourvoi n° 03-80.828);
- lorsqu'elles concernent l'exercice des droits de la défense (Crim., 28 avril 2004, pourvoi n° 03-84.942).

Mais même dans ce dernier cas, la production de pièces couvertes par le secret professionnel, adressées par l'avocat de son adversaire à ce dernier (en l'espèce dans une instance distincte) ne heurte-t-elle pas le principe de loyauté de la preuve et celui de l'équilibre des droits des parties ? Ne constitue-t-elle pas une atteinte aux droits de la défense de la partie adverse (la partie civile, en l'occurrence) ?

Ni l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, ni l'article préliminaire du code de procédure pénale ne consacrent un quelconque principe de loyauté, de la preuve ou de la procédure.

Un arrêt Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne, du 6 décembre 1988 (requête n° 10590/83), de la Cour européenne, a consacré une obligation de loyauté dans la réunion policière et judiciaire des preuves, corollaire de l'exigence du procès équitable, mais renvoie cependant au droit interne quant à l'admissibilité des modes de preuve (voir aussi CEDH, Schenk c. Suisse, 12 juillet 1988, requête n° 10862/84)

Dans son étude de jurisprudence publiée au *Rapport de la Cour de cassation* 2004, M. Pascal Lemoine distinguait selon qu'il s'agit de preuves produites par l'autorité publique, soumises à des exigences rigoureuses, ou de celles produites par les parties, qui bénéficient pleinement du principe de liberté de l'article 427 du code de procédure pénale.

Si certaines décisions de la chambre criminelle rappellent en effet que les actes d'information doivent « se conformer aux dispositions légales relatives au mode d'administration des preuves » (Crim., 12 décembre 2000, *Bull. crim.* 2000, n° 369, pourvoi n° 00-83.852 ou Crim., 28 novembre 2001, *Bull. crim.* 2001, n° 369, pourvoi n° 01-86.467) et ont été interprétées comme un rappel d'un principe de loyauté des preuves, nombreux sont les arrêts qui soulignent la règle de la liberté de la preuve, sur le fondement de l'article 427 ; par exemple :

- Crim., 11 février 1992 (*Bull. crim.* 1992, n° 66, pourvois n° 91-86.067 et 91-86.067) : le fait que des pièces produites par une partie pour sa défense auraient été obtenues par des moyens déloyaux ne permet pas au juge d'instruction de refuser de les joindre à la procédure, dès lors qu'elles ne constituent que des moyens de preuve dont la valeur peut être discutée contradictoirement.

- Crim., 15 juin 1993 (*Bull. crim.* 1993, n° 210, pourvoi n° 92-82.509) : les juges répressifs ne peuvent écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale. Il leur appartient seulement d'en apprécier la valeur probante. Méconnaît les dispositions de l'article 427 du code de procédure pénale la cour d'appel qui déclare irrecevable en preuve un document produit par la partie civile poursuivante parce qu'elle n'avait pu l'obtenir que de façon illicite.

- Crim., 11 juin 2002 (*Bull. crim.* 2002, n° 131, pourvoi n° 01-85.559) : aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale. Il leur appartient

seulement, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire.

– Crim., 31 janvier 2007 (*Bull. crim.* 2007, n° 27, pourvoi n° 06-82.383) : ne méconnaît pas les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme la cour d'appel qui, après en avoir contradictoirement débattu, admet comme mode de preuve la production de l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, dès lors qu'elle est justifiée par la nécessité de rapporter la preuve des faits dont l'auteur de l'enregistrement est victime et pour les besoins de sa défense.

Dans ses conclusions relatives à cette dernière affaire, l'avocat général Di Guardia écrivait :

« Dans ce cadre de la liberté de la preuve et au nom du respect de l'exercice des droits de la défense, votre jurisprudence va même plus loin puisqu'elle admet que, lorsque des pièces obtenues illicitement étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense, dans le cadre d'un litige ou d'une poursuite, l'élément intentionnel de l'infraction commise par l'intéressé n'est pas caractérisé.

Au-delà d'un souci d'efficacité de la justice pénale, l'intérêt supérieur de la manifestation de la vérité impose le principe de la liberté de la preuve. En effet, la personne poursuivie elle-même peut avoir intérêt à faire valoir, par tous moyens de preuve, ses propres justifications ou moyens de défense. »

La chambre criminelle a fait application de ce principe de liberté de la preuve en matière de presse :

– Crim., 18 novembre 1986 (*Bull. crim.* 1986, n° 345, pourvoi n° 85-93.308) : il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement la valeur des témoignages et documents offerts en preuve du fait diffamatoire conformément aux dispositions des articles 35 et 55 de la loi du 29 juillet 1881. Ils ne sauraient, avant d'en avoir pris connaissance, les écarter au motif qu'ils auraient été obtenus par des moyens déloyaux.

– Crim., 11 juin 2002 (*Bull. crim.* 2002, n° 132, pourvoi n° 01-85.237) : ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui déclare un journaliste coupable de recel de violation du secret de l'instruction au motif qu'il a détenu et produit en justice des copies de pièces issues d'une information pénale en cours, sans rechercher si, en l'espèce, la production de ces pièces par l'intéressé n'avait pas été rendue nécessaire pour sa défense dans une instance engagée à son encontre.

– Crim., 11 février 2003 (*Bull. crim.* 2003, n° 29, pourvois n° 01-86.696 et 01-86.685) : le droit à un procès équitable et la liberté d'expression justifient que la personne poursuivie du chef de diffamation soit admise à produire, pour les nécessités de sa défense, les pièces d'une information en cours de nature à établir sa bonne foi ou la vérité des faits diffamatoires. Il s'ensuit que de telles pièces ne peuvent être écartées des débats au motif que leur production porterait atteinte à la présomption d'innocence.

En l'espèce, le pourvoi reprochait à l'arrêt de ne pas avoir écarté des débats des copies de correspondances que l'avocat de la partie civile avait adressées à son client dans une instance administrative distincte et qui étaient versées par le prévenu, au titre de l'offre de preuve, pour sa défense dans un procès de diffamation ; le cas était d'autant plus intéressant

que ce prévenu avait fait par ailleurs l'objet d'une condamnation pour atteinte au secret des correspondances, en raison de la divulgation publique antérieure de ces mêmes documents.

Pour approuver la décision de la cour d'appel, la chambre criminelle, confirmant sa jurisprudence, énonce que « le droit à un procès équitable et la liberté d'expression justifient que la personne poursuivie du chef de diffamation soit admise à produire, pour les nécessités de sa défense, les pièces de nature à établir la vérité des faits ou sa bonne foi, sans qu'elles puissent être écartées des débats au motif qu'elles auraient été obtenues par des moyens déloyaux ».

## VIII – APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE, EUROPÉEN ET INTERNATIONAL

### A – Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales

Convention européenne des droits de l’homme – Article 5 – Droit à la liberté et à la sûreté – Privation – Cas – Détention d’un aliéné – Régularité – Défaut – Effet

*1<sup>re</sup> Civ., 31 mars 2010, Bull. 2010, I, n° 77, pourvoi n° 09-11.803*

L’arrêt rendu le 31 mars 2010 par la première chambre civile de la Cour de cassation, qui a trait aux conséquences indemnitaires de l’annulation par un tribunal administratif d’une mesure d’hospitalisation d’office, confirme une évolution de la jurisprudence, amorcée par la deuxième chambre civile (23 septembre 2004, *Bull.* 2004, II, n° 431, pourvoi n° 03-14.284), dont les incidences pratiques pour les usagers, comme pour l’État, méritent d’être soulignées.

La particularité du système français en la matière, qui repose sur le dualisme juridictionnel, trouve son origine dans le caractère administratif des décisions de placement, prises par l’autorité administrative. Celles-ci donnent lieu à double contentieux, l’un relatif à leur régularité formelle (légalité externe – contentieux administratif), l’autre à leur nécessité et leur bien-fondé (légalité interne – contentieux judiciaire).

Alors que le contentieux indemnitaire suivait jusqu’alors la même règle que le contentieux de la légalité, le Tribunal des conflits a par une décision du 17 février 1997 (*Bull.* 1997, T. conflits, n° 1) unifié au profit du juge judiciaire l’ensemble du contentieux de la réparation et a réaffirmé sa position dans une décision du 22 mars 2004 (*Bull.* 2004, T. conflits, n° 10), en ces termes (sommaire) : « s’il appartenait à la juridiction administrative d’apprécier [...] la régularité de la décision administrative ordonnant le placement d’office de M. X..., en application, à la date du placement litigieux, de l’article L. 333 du code de la santé publique alors en vigueur, l’autorité judiciaire est seule compétente tant pour apprécier la nécessité d’une mesure de placement d’office en hôpital psychiatrique que, lorsque la juridiction administrative s’est prononcée sur la régularité de la décision administrative de placement, pour statuer sur l’ensemble des conséquences dommageables de cette décision, y compris celles qui découlent de son irrégularité; qu’il suit de là qu’il appartient à la juridiction de l’ordre judiciaire de connaître de l’ensemble des conclusions à fin d’indemnité ».

Bien que ce double contentieux ne soit pas sans susciter certaines difficultés pour les justiciables et sans entraîner un allongement de la durée des procédures contentieuses (pour lequel la France a déjà été condamnée par la Cour européenne des droits de l’homme, le 27 octobre 2005 : *Mathieu c. France*, requête n° 68673/01) et bien que pour la Cour européenne des droits de l’homme le contentieux relatif à la légalité externe de l’acte, en ce qu’il met en jeu la liberté individuelle, devrait relever du juge judiciaire (CEDH, 30 janvier 2001, *Vermeersch c. France*, requête n° 39277/98), le législateur s’est toujours refusé à constituer un bloc de compétence permettant de confier l’ensemble du contentieux au juge judiciaire.



Cette situation a une incidence sur le délai de prescription, notamment sur son point de départ. Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968, la prescription des créances sur l'État est de quatre ans. Lorsqu'une personne s'estime victime d'une hospitalisation d'office abusive, elle bénéficie d'un délai de quatre ans à compter de la fin de la mesure d'internement pour assigner l'État en réparation de son préjudice devant le juge judiciaire (Ass. plén., 6 juillet 2001, *Bull.* 2001, Ass. plén., n° 9, pourvoi n° 98-17.006).

En revanche lorsqu'elle entend faire reconnaître par le juge administratif l'irrégularité de la mesure d'internement et qu'elle obtient une décision d'annulation du tribunal administratif, elle bénéficie d'un délai de quatre ans à compter de cette date pour assigner l'État en réparation des conséquences dommageables de l'irrégularité devant le juge judiciaire. D'où l'importance de la question de savoir quels préjudices peuvent être pris en compte dans cette dernière hypothèse.

C'était précisément la question posée dans l'espèce soumise à la première chambre civile. Suite à l'annulation par le tribunal administratif des mesures d'hospitalisation d'office dont elle avait fait l'objet, pour avoir été prises de façon irrégulière par le maire et par le préfet, une personne avait saisi le juge des référés d'une demande de provision à valoir sur l'indemnisation de son préjudice.

En première instance, puis en appel, l'agent judiciaire du Trésor avait fait une proposition d'indemnisation du seul préjudice moral né de l'irrégularité formelle des arrêtés, mais s'agissant du préjudice né de l'hospitalisation avait soulevé l'existence de contestations sérieuses tenant, notamment, à l'extinction de la créance du fait de la déchéance quadriennale (la saisine du juge des référés étant intervenue plus de quatre ans après la fin des mesures d'internement) et, subsidiairement, à la nécessité des mesures d'hospitalisation d'office.

La Cour a approuvé l'arrêt confirmatif d'avoir accueilli la demande de provision de l'intéressée à valoir sur l'indemnisation de son entier préjudice aux motifs, propres et adoptés, que, par application des articles 5 § 1 et 5 § 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les décisions d'annulation des arrêtés d'hospitalisation d'office par le tribunal administratif constituaient le fait générateur de l'obligation d'indemnisation de l'intéressée, dont l'atteinte à la liberté individuelle résultant de l'hospitalisation d'office se trouvait privée de tout fondement légal, de sorte que lors de la saisine du juge des référés (intervenue moins de quatre ans après les décisions d'annulation) la prescription quadriennale n'était pas acquise et que la créance de l'intéressée contre l'État du chef des conséquences dommageables des irrégularités ayant entaché les mesures de placement n'était pas sérieusement contestable, sans qu'il y ait lieu d'examiner si celles-ci étaient médicalement justifiées.

Sa position se rapproche de celle de la CEDH. L'annulation par un tribunal administratif d'arrêtés d'hospitalisation d'office est susceptible de permettre à un usager victime d'une atteinte illégale à sa liberté individuelle d'obtenir réparation de son entier préjudice devant le juge judiciaire, indépendamment de toute discussion sur la nécessité des mesures dont il a fait l'objet.

La portée pratique de cet arrêt est importante.

Si la personne exerce son action devant le juge judiciaire en contestant la nécessité de la mesure d'hospitalisation d'office et son bien-fondé, elle doit l'engager dans les quatre ans de la fin de cette mesure, sauf preuve d'une suspension de cette prescription.

Si l'action est engagée devant le juge administratif en raison de l'irrégularité formelle de la mesure, le point de départ de la prescription quadriennale est la date de la décision d'annulation, qui peut intervenir, comme en l'espèce, bien longtemps après la fin de la mesure d'internement ; mais surtout, le préjudice alors réparable ne se limite pas au seul préjudice moral né de l'irrégularité mais comprend l'ensemble des préjudices consécutifs à cette privation de liberté (moral, matériel, économique...) indépendamment de toute appréciation de sa légalité interne.

Chaque fait générateur entraînant un point de départ du délai de déchéance quadriennale différent, les justiciables et leurs conseils devront être particulièrement attentifs aux chances de succès de la voie d'action choisie.

Cette solution a été confirmée par arrêt du 23 juin 2010 (1<sup>re</sup> Civ., *Bull.* 2010, I, n° 141, pourvoi n° 09-66.026).

## **B – Conflits de juridictions**

Conflit de juridictions – Compétence internationale – Décision statuant sur une exception de compétence internationale – Pourvoi en cassation – Recevabilité

Conflit de juridictions – Compétence internationale – Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 – Articles 15 et 16 – Contrats conclus par les consommateurs – Définition  
*1<sup>re</sup> Civ., 7 mai 2010, Bull. 2010, I, n° 106, pourvoi n° 09-11.177*

Conflit de juridictions – Compétence internationale – Décision statuant sur une exception de compétence internationale – Pourvoi en cassation – Recevabilité

Conflit de juridictions – Compétence internationale – Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 – Article 5 § 1 – Compétence spéciale en matière contractuelle – Lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande – Définition – Applications diverses  
*1<sup>re</sup> Civ., 7 mai 2010, Bull. 2010, I, n° 107, pourvoi n° 09-14.324*

Conflit de juridictions – Compétence internationale – Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 – Articles 15 et 16 – Compétence en matière de contrat conclu par un consommateur – Tribunal du lieu du domicile du consommateur – Applications diverses  
*1<sup>re</sup> Civ., 7 mai 2010, Bull. 2010, I, n° 108, pourvoi n° 08-16.071*

Ces arrêts du 7 mai 2010, rendus en matière internationale, sont importants à un double titre. Ils affirment, d'abord, la recevabilité immédiate du pourvoi en cassation formé contre un

arrêt rejetant une exception d'incompétence internationale. Ils précisent, ensuite, à quelles conditions celui qui reçoit une offre publicitaire avec promesse de cadeau peut agir devant le tribunal de son domicile en application du droit communautaire – cf. les articles 15 et 16 du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit « Bruxelles I », définissant le consommateur et article 5 § 1 du même texte relatif à la matière contractuelle.

1) La recevabilité immédiate du pourvoi

En matière interne, depuis le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 modifiant les articles 771 et suivants du code de procédure civile, c'est le juge de la mise en état qui statue exclusivement sur toutes les exceptions de procédure, dont celle d'incompétence et incidents mettant fin à l'instance. Cette exception doit être soulevée par la partie en première instance sous la sanction de l'irrecevabilité. L'ordonnance du juge de la mise en état ne peut faire que l'objet d'un appel dans les quinze jours de sa signification (article 776, alinéa 3, du code de procédure civile). Devant le juge de la mise en état, il n'y a pas de contredit de compétence.

La recevabilité du pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel ayant statué sur cet appel est soumise aux articles 607 et 608 du code de procédure civile : l'arrêt ayant statué sur la compétence, qui ne met pas fin à l'instance, ne peut être frappé de pourvoi en cassation indépendamment de la décision au fond sauf « dans les cas spécifiés par la loi ». Le but est de ne pas retarder la procédure par des recours dilatoires. Ainsi, en cas d'appel, seul l'arrêt par lequel le juge se déclare incompétent peut faire l'objet d'un pourvoi immédiat car il met fin à l'instance.

Lorsque la cour d'appel a été saisie à tort par la voie du contredit au lieu de l'appel (article 91 du code de procédure civile), l'affaire est jugée selon les règles de l'appel et le pourvoi est donc soumis à l'article 607. Si l'arrêt n'a pas mis fin à l'instance, le pourvoi devrait être déclaré irrecevable même d'office.

Dans les pourvois n° 09-11.177 et 09-14.324, un appel avait été formé contre l'ordonnance du juge de la mise en état qui avait statué sur la compétence, rejetant l'exception dans les deux premiers pourvois, l'accueillant dans le troisième. La cour d'appel avait déclaré la juridiction française saisie compétente. La recevabilité du pourvoi était contestée en défense, au regard des articles 607 et 608 du code de procédure civile.

Dans le pourvoi n° 08-16.071, un contredit avait été formé à tort à la place d'un appel et la recevabilité du pourvoi n'avait pas été contestée.

La première chambre a décidé, dans ces arrêts, de poser une règle particulière en matière internationale afin de justifier la recevabilité immédiate du pourvoi, même dans l'hypothèse où le juge français s'est déclaré compétent et qu'il n'est donc pas mis fin à l'instance.

Cette règle est fondée sur l'excès de pouvoir, seule exception admise à cette irrecevabilité par l'arrêt de chambre mixte du 28 janvier 2005 (*Bull.* 2005, Ch. mixte, n° 1, pourvoi n° 02-19.153) : « attendu que, sauf 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 ; attendu qu'il n'est dérogé à cette règle, comme à tout autre règle interdisant ou différant un recours, qu'en cas d'excès de pouvoir ».

En matière internationale, c'est déjà sur le fondement de l'excès de pouvoir que la première chambre avait accepté un pourvoi immédiat en matière d'immunité du juridiction (1<sup>re</sup> Civ., 15 avril 1986, *Bull.* 1986, I, n° 87, pourvoi n° 84-13.422 et 1<sup>re</sup> Civ., 18 novembre 1986, *Bull.* 1986, I, n° 267, pourvoi n° 85-11.404) et en présence d'une clause compromissoire soumettant le litige à un arbitre (1<sup>re</sup> Civ., 9 octobre 1990, *Bull.* 1990, I, n° 205, pourvoi n° 89-12.561).

Dans ces hypothèses, ce n'est pas la compétence du juge étatique qui se trouve contestée mais son pouvoir juridictionnel, c'est-à-dire son aptitude à trancher le litige.

En matière de séparation des pouvoirs entre les ordres judiciaires et administratifs, il en est de même ; la jurisprudence récente s'est fondée sur cette notion d'excès de pouvoir pour admettre la recevabilité immédiate du pourvoi même si l'arrêt attaqué ne met pas fin à l'instance. Cette analyse n'est plus contestée.

Or, c'est la contestation sur la compétence du juge français qui fonde le risque d'excès de pouvoir et non pas la solution donnée par la Cour de cassation au recours. Si le juge s'est reconnu à tort compétent, il y aura excès de pouvoir positif ; s'il a dénié sa compétence alors qu'il l'était, il y aura excès de pouvoir négatif ; en revanche, s'il a jugé conformément aux principes du droit international applicables, il n'aura pas commis d'excès de pouvoir, mais la contestation élevée par la partie sera néanmoins recevable immédiatement.

À l'appui d'une telle solution, il convient d'ajouter qu'en matière internationale et particulièrement en droit communautaire, il est essentiel de régler le plus vite possible les contestations sur la compétence ; les règles de la litispendance selon lesquelles le juge second saisi sursoit à statuer lorsque la compétence du juge premier saisi est établie l'exigent (article 27 du Règlement « Bruxelles I »).

2) La compétence des juridictions françaises pour connaître des litiges dans le cas des jeux et loteries organisés par des sociétés ayant leur siège social dans un État de l'Union européenne

Les trois espèces concernaient deux sociétés belges de vente par correspondance qui proposaient, dans les documents publicitaires envoyés aux particuliers, des jeux et loteries.

En droit interne, la Cour de cassation a qualifié l'action de celui qui réclame un gain qu'il croit avoir gagné d'action quasi contractuelle et lui a refusé les options de compétence territoriale ouvertes au demandeur par l'article 46 du code de procédure civile (2<sup>e</sup> Civ., 7 juin 2006, pourvoi n° 05-18.614 ; cf., également en ce sens, 2<sup>e</sup> Civ., 7 juin 2006, *Bull.* 2006, II, n° 149, pourvoi n° 04-20.316 et 2<sup>e</sup> Civ., 28 juin 2006, pourvoi n° 05-17.279).

Nous sommes en droit communautaire puisqu'il s'agit de sociétés belges et il convient de mettre en œuvre, pour déterminer si le tribunal français saisi par un particulier domicilié en France est compétent, le Règlement « Bruxelles I » et la jurisprudence de la Cour de justice sur ce règlement (et sur la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 qui l'a précédé). Sont en cause les articles 15 et 16 du Règlement « Bruxelles I » relatifs au consommateur,

personne qui doit être protégée en optant pour la compétence du tribunal de son domicile, et l'article 5 § 1 relatif à la matière contractuelle.

Plusieurs arrêts de la Cour de justice sont relatifs aux jeux et loteries et ont donné une interprétation de ces articles (CJCE, 11 juillet 2002, Rudolf Gabriel, affaire n° C-96/00; CJCE, 20 janvier 2005, Petra Engler, affaire n° C-27/02; CJCE, 14 mai 2009, Renate Illsinger, affaire n° C-180/06). Ils invoquent à la fois la commande faite par le particulier et le caractère indissociable de la promesse de gain et de la commande. Les deux premiers sont pris en considération par la cour d'appel de Riom.

Il a semblé à la première chambre qu'il convenait de poser, en application de cette jurisprudence, des règles simples et protectrices du consommateur. Ainsi, lorsque la personne a passé une commande, quel que soit le montant de cette commande, et qu'elle a, à l'occasion de cette commande, participé à un jeu, elle doit être qualifiée de consommateur et peut agir devant le tribunal de son domicile pour réclamer le gain qu'elle croit avoir gagné. Ce tribunal appliquera ensuite la jurisprudence interne sur l'existence ou non d'un aléa. C'est la solution qui a été adoptée pour les pourvois n° 09-11.177 et 08-16.071. La Cour de cassation les a rejeté en précisant que par ce « seul motif » (la commande) les arrêts étaient justifiés. Elle n'a pas exigé la preuve d'un rapport indissociable entre la commande et l'obtention du gain, qui avait été relevé par la cour d'appel de Riom dans l'un de ses arrêts (CA Riom, 9 avril 2008, décision contre laquelle est dirigée le pourvoi n° 08-16.071).

Lorsqu'il n'y pas eu de commande, la personne ne peut être qualifiée de consommateur, mais les arrêts précités de la Cour de justice considèrent que la situation est alors de « nature contractuelle » au sens de l'article 5 § 1 du Règlement « Bruxelles I » (cf. CJCE, 20 janvier 2005, Petra Engler, précité).

Or, en matière contractuelle, l'action peut être intentée devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée. Il s'agit ici d'obligation de payer un prix et la société belge de vente par correspondance, qui ne contestait pas dans les trois premiers pourvois l'application de cet article 5 § 1, considérait qu'en application du droit belge les dettes sont quérables et que les personnes devaient se déplacer en Belgique pour réclamer leurs gains.

Pour affirmer la compétence du juge français, la cour d'appel, analysant les documents publicitaires adressés aux intéressés, en a déduit que la société belge avait renoncé à la quérabilité dès lors quelle leur annonçait l'envoi à leur domicile d'un chèque correspondant au prix; sinon, la juridiction belge aurait été compétente. C'est ce raisonnement que la Cour de cassation a approuvé en rejetant le pourvoi n° 09-14.324 (*Bull.* 2010, I, n° 107).

**Conflit de juridictions – Effets internationaux des jugements –  
Reconnaissance ou *exequatur* – Conditions – Absence de contrariété  
à l'ordre public international – Caractérisation – Applications diverses**  
*1<sup>re</sup> Civ., 8 juillet 2010, Bull. 2010, I, n° 162, pourvoi n° 08-21.740*

Par cet arrêt, la première chambre civile énonce une nouvelle définition de la contrariété à l'ordre public international français.

Mme X..., de nationalité française, et Mme Y..., de nationalité américaine, vivant aux États-Unis ont passé un *domestic partnersip*; par décision du 10 juin 1999, la cour supérieure de l'État du comté de Delkab (État de Georgie) a prononcé l'adoption par Mme X... de l'enfant Anna, née le 8 mars 1999 à Atlanta (État de Georgie) après insémination par donneur anonyme de Mme Y..., l'acte de naissance de l'enfant mentionnant Mme Y... comme mère et Mme X... comme parent, l'une et l'autre exerçant l'autorité parentale sur l'enfant. Mme X... a demandé au juge français l'*exequatur* de la décision américaine. Faisant application de l'article 370-5 du code civil, le tribunal et la cour d'appel ont refusé cet *exequatur* invoquant la contrariété de la décision à l'ordre public international fondée sur l'article 365 du code civil.

L'article 370-5 du code civil, ajouté par la loi n° 2001-111 du 6 février 2001, est relatif aux adoptions réalisées à l'étranger. Il énonce que « l'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. À défaut, elle produit les effets de l'adoption simple. Elle peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause ». Le texte ne précisant pas les conditions de régularité du jugement étranger, la cour d'appel s'est justement référée aux trois conditions de régularité énoncées dans l'arrêt de la première chambre civile du 20 février 2007 (*Bull.* 2007, I, n° 68, pourvoi n° 05-14.082 : « pour accorder l'*exequatur* hors de toute convention internationale, le juge français 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 »).

L'article 365 prévoit en cas d'adoption simple que l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté. Dans ce cas l'autorité parentale est exercée conjointement. Appliquant ce texte, en matière interne, la première chambre a, dans plusieurs arrêts, refusé de faire droit à la demande d'adoption de l'enfant par la compagne de la mère (1<sup>re</sup> Civ., 20 février 2007, *Bull.* 2007, I, n° 70, pourvoi n° 04-15.676; n° 71, pourvoi n° 06-15.647 et 1<sup>re</sup> Civ., 19 décembre 2007, *Bull.* 2007, I, n° 392, pourvoi n° 06-21.369).

La question posée dans le pourvoi est celle de savoir si la solution de droit interne de refus de l'adoption simple fondée sur l'article 365 du code civil français peut-être invoquée pour s'opposer à l'*exequatur* du jugement étranger d'adoption. En d'autres termes, est-ce qu'une loi étrangère qui partage l'exercice de l'autorité parentale entre la mère de l'enfant et l'adoptante de l'enfant est contraire à la conception française de l'ordre public international ?

Dans cet arrêt, la première chambre a énoncé pour la première fois « que le refus d'*exequatur* fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de la décision étrangère suppose que celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français; qu'il n'en est pas ainsi de la décision qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant ». Ce dont elle a déduit qu'en refusant d'accorder l'*exequatur* au jugement américain d'adoption, la cour d'appel avait violé l'article 509 du code de procédure civile par refus d'application et l'article 370-5 du code civil par fausse application.

**Conflit de juridictions – Effets internationaux des jugements –  
Reconnaissance ou *exequatur* – Conditions – Absence de contrariété  
à l'ordre public international – Caractérisation – Défaut – Applications  
diverses**

*1<sup>re</sup> Civ., 1<sup>er</sup> décembre 2010, pourvoi n° 09-13.303, en cours de publication*

Une société française avait vendu un voilier à des acheteurs américains, voilier livré en Californie. Se plaignant de défauts qui auraient été mal réparés après la tempête de 1999, les acheteurs ont agi aux États-Unis contre le vendeur et obtenu une décision condamnant celui-ci au remboursement du prix du bateau et des réparations et à des dommages-intérêts punitifs représentant plus du double de la somme totale. Ils ont demandé l'*exequatur* en France de la décision qui a été refusée pour contrariété à l'ordre public international français.

Par cet arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 2010, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé « que si le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur; qu'en l'espèce, l'arrêt relève que la décision étrangère a accordé à l'acquéreur, en plus du remboursement du prix du bateau et du montant des réparations, une indemnité qui dépasse très largement cette somme; que la cour d'appel a pu en déduire que le montant des dommages-intérêts était manifestement disproportionné au regard du préjudice subi et du manquement aux obligations contractuelles de sorte que le jugement étranger ne pouvait être reconnu en France; que le moyen ne peut être accueilli ».

Il est intéressant de relever que la cour d'appel, pour décider que la condamnation étrangère était contraire à l'ordre public international français, s'était fondée sur le principe de la réparation intégrale du préjudice, principe selon lequel la victime doit être replacée dans la même situation que celle qui était la sienne avant la survenance du dommage, et sur celui selon lequel le montant de la réparation ne varie pas en fonction de la gravité des fautes ou la situation financière de l'auteur du dommage. Elle a également évoqué le principe de proportionnalité des délits et des peines garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Le pourvoi critiquait l'approche suivie en développant l'idée que le droit français de la responsabilité civile connaît des hypothèses de peine privée avec, par exemple, les astreintes, les clauses pénales, les amendes civiles.

Dans l'arrêt commenté, la première chambre affirme de façon claire que le principe de dommages-intérêts punitifs n'est pas, en lui-même, contraire à l'ordre public, mais elle en subordonne la reconnaissance au critère de proportionnalité et de gravité du manquement contractuel.

Cet arrêt peut être rapproché d'un arrêt du 28 janvier 2009 (*Bull.* 2009, I, n° 15, pourvoi n° 07-11.729; *D.* 2009, p. 2392, obs. S. Bollée et L. d'Avout) dans lequel la première chambre a accordé l'*exequatur* à une décision américaine liquidant une astreinte à laquelle avait été condamnée une partie pour l'obliger à exécuter des décisions judiciaires dont elle ne voulait pas tenir compte (sanction du *contempt of court*) pour une somme très élevée : « mais attendu qu'ayant relevé que les détournements qui étaient reprochés à M. X... étaient

évalués à 200 millions de dollars US, c'est sans méconnaître l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme, que la cour d'appel a pu en déduire que le montant de l'astreinte liquidée n'était pas contraire au principe de proportionnalité; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ». Ce n'est pas l'institution étrangère elle-même qui est en cause, mais la proportion du montant de l'astreinte.

De plus, le considérant 32 du préambule du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 11 juillet 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (dit « Rome II »), entré en vigueur le 11 janvier 2009, énonce que « l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement qui conduirait à l'octroi de dommages et intérêts exemplaires ou punitifs non compensatoires excessifs peut être considérée comme contraire à l'ordre public du for, compte tenu des circonstances de l'espèce et de l'ordre juridique de l'État membre de la juridiction saisie ».

Ce texte ne s'appliquait pas en l'espèce, mais il permet de voir qu'elle est l'approche européenne en la matière, et la possibilité de considérer, dans certaines circonstances, que des dommages-intérêts punitifs sont contraires à l'ordre public du for s'ils sont excessifs.



## **IX – EXAMEN DES QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ**

La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 a créé l'article 61-1 de la Constitution, qui dispose que « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

Conformément au rôle qui lui est dévolu par la Constitution, la Cour de cassation exerce donc depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010 un contrôle des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), renvoyant au Conseil constitutionnel celles qui satisfont aux conditions fixées par la loi n° 2009-1523 du 10 décembre 2009.

Elle dispose à cette fin des services du bureau du droit constitutionnel, créé au mois de juin 2009 au sein du service de documentation, des études et du rapport et placé sous la responsabilité de deux magistrats.

### **A – Éléments statistiques**

L'activité juridictionnelle de la Cour de cassation en matière d'examen des questions de constitutionnalité peut être détaillée comme suit.

Au terme de l'année 2010, 539 questions de constitutionnalité ont été enregistrées par la Cour de cassation ; 346 ont été présentées à l'occasion d'un pourvoi et 193 transmises par les juridictions du fond ; 307 de ces questions portaient sur la matière pénale et 232 sur la matière civile.

À la même date, la Cour de cassation avait statué sur 426 de ces questions à l'occasion de son activité de « filtre » ; 71 d'entre elles ont fait l'objet d'une déclaration d'irrecevabilité, d'un constat de renonciation ou d'un non-lieu à statuer et la Cour a jugé que 233 questions n'avaient pas lieu d'être renvoyées au Conseil constitutionnel.

Enfin, 122 questions avaient été renvoyées au Conseil depuis l'entrée en vigueur de la réforme constitutionnelle. Le délai de trois mois prévu par la loi a été respecté dans la totalité des cas.

### **B – Recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité**

La recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité est appréciée tout à la fois au regard des règles fixées par l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, et des règles relatives au pourvoi, lorsque la QPC est présentée directement devant la Cour de cassation.

## 1 – Dépôt tardif des mémoires de constitutionnalité

Par un arrêt du 29 septembre 2010<sup>1</sup>, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé qu'aux termes de l'article 590 du code de procédure pénale, aucun mémoire additionnel ne peut être joint postérieurement au dépôt de son rapport par le conseiller désigné; et qu'il en va de même, en raison de ce principe, du mémoire distinct et motivé prévu par l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, tel qu'il résulte de la loi organique du 10 décembre 2009. Cet écrit, présenté postérieurement au dépôt de son rapport par le conseiller désigné, est par conséquent irrecevable.

La chambre sociale a, pour sa part, eu l'occasion de rappeler dans un arrêt du 15 décembre 2010<sup>2</sup>, les modalités de mise en œuvre du décret n° 2010-148 du 16 février 2010 portant application de la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Elle précise qu'il résulte des dispositions des articles 5 de la loi organique du 10 décembre 2009 et 7 du décret précité que la question prioritaire de constitutionnalité doit, pour être recevable, être présentée sous la forme d'un mémoire distinct et motivé produit postérieurement au 1<sup>er</sup> mars 2010, date de la mise en œuvre de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008; que dès lors, en présence d'une mémoire distinct et motivé déposé hors du délai imparti au défendeur par l'article 982 du code de procédure civile pour déposer un mémoire sur le fond du pourvoi et après le dépôt de son rapport par le conseiller rapporteur, intervenu dans le cas d'espèce le 3 novembre 2009, il convient de se prononcer, en application de l'article 7 du décret précité, sur le point de savoir si la réouverture de l'instruction pour les seuls besoins de l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité est nécessaire.

## 2 – Office du juge et reformulation de la question posée

L'office du juge du fond dans le traitement de la question prioritaire de constitutionnalité, quoique techniquement limité, s'avère fondamental. Il procède en effet au premier examen de recevabilité du moyen d'inconstitutionnalité et décide au terme de cette analyse l'éventuelle transmission de la question posée à la Cour de cassation. Mais, les juges successifs de la recevabilité du moyen d'inconstitutionnalité ne pourront le relever d'office. Le juge n'est nullement autorisé à se substituer aux parties à l'instance. Le Conseil constitutionnel précise, au considérant 9 de sa décision d'examen de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution<sup>3</sup>, que les termes même de « l'article 61-1 de la Constitution imposaient au législateur organique de réserver aux seules parties à l'instance le droit de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ».

Il en découle que le juge du fond ne peut modifier ou reformuler en la dénaturant la question posée par les parties. C'est d'ailleurs l'opinion qu'avait exprimée le premier président de

1. Crim., QPC, 29 septembre 2010, n° 5447, pourvoi n° 10-80.582.

2. Soc., QPC, 15 décembre 2010, n° 2557, pourvoi n° 08-44.569.

3. Cons. const., 3 décembre 2009, décision n° 2009-595 DC, *Rec.*, p. 206; *JO* du 11 décembre 2009, p. 21381.

la Cour de cassation, M. Vincent Lamanda, lors de son audition par la commission des lois de l'Assemblée nationale, en déclarant que « dans la mesure où le juge n'aurait pas le pouvoir de relever d'office une question de constitutionnalité, il ne devrait pas davantage avoir celui de reformuler une question posée par une partie. S'il peut envisager de réécrire, dans un français plus clair, une question maladroitement formulée, le juge ne saurait cependant en dénaturer le sens dans la mesure où la loi lui fait obligation d'en vérifier la recevabilité au regard des questions de fond qu'elle pose<sup>4</sup> ».

La chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi pu préciser le 14 décembre 2010<sup>5</sup> que si la question posée peut être « reformulée » par le juge à l'effet de la rendre plus claire ou de lui restituer son exacte qualification, il n'appartient pas au juge de la modifier ; dans une telle hypothèse, il y a lieu de considérer que la Cour de cassation est régulièrement saisie et se prononce sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité telle qu'elle a été soulevée dans le mémoire distinct produit devant la juridiction qui la lui a transmise.

### 3 – La contestation de dispositions réglementaires et de textes communautaires

L'article 61-1 de la Constitution, tel qu'il résulte de l'article 46 I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, dispose que « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une *disposition législative* porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Les dispositions législatives visées par l'article 61-1 de la Constitution correspondent à toutes les dispositions ayant une nature législative, y compris celles dont le support textuel ne serait pas formellement une loi – décrets-lois des Républiques antérieures, ordonnances des articles 38, 47 et 92 (ce dernier étant aujourd'hui abrogé) de la Constitution. Ainsi, tout article ou alinéa tiré d'un texte de nature législative peut faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. En revanche, les dispositions réglementaires ou communautaires, directement applicables dans l'ordre interne, en sont exclues.

La formation *ad hoc* de la Cour de cassation, spécialisée dans l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité, a veillé à délimiter précisément le champ d'application de cette nouvelle procédure.

- Dispositions réglementaires

Par un arrêt du 18 juin 2010<sup>6</sup>, la Cour a ainsi précisé que la question de constitutionnalité qui, « sous le couvert de la critique de l'article L. 464-8 du code de commerce, [...]

4. In Jean-Luc Warsmann, *Rapport* n° 1898 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi organique (n° 1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, 3 septembre 2009, p. 186.

5. Soc., QPC, 14 décembre 2010, n° 2559, pourvoi n° 10-40.050.

6. Cass., QPC, 18 juin 2010, n° 12079, pourvoi n° 09-72.894.

tend en réalité à contester la conformité à la Constitution des dispositions réglementaires contenues à l'article R. 464-18 du même code, [...] n'est pas recevable ».

- Dispositions communautaires

Elle a par ailleurs jugé, à la même date<sup>7</sup>, que la question qui, « sous le couvert de la critique des articles L. 450-1 et L. 450-4 du code de commerce, [...] ne tend en réalité qu'à contester la conformité à la Constitution du règlement communautaire n° 1/2003, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE, devenus les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, [...] n'est pas recevable ».

#### 4 – Les QPC ne venant pas à l'appui d'une demande

Le Conseil constitutionnel a indiqué, à l'occasion de la décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 (considérant 3), que le constituant, par l'introduction de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité, a « reconnu à tout justiciable le droit de soutenir, à l'appui de sa demande, qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ».

Ainsi, la formation restreinte de la Cour de cassation a, le 9 juillet 2010, jugé irrecevable une question de constitutionnalité, posée à l'occasion d'un pourvoi contre un arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Nîmes rejetant la requête en nullité de leur interpellation formée par les mis en examen, aux motifs « que les dispositions contestées ne sont pas applicables à la procédure, dès lors qu'il résulte de l'arrêt attaqué que la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas soulevée à l'appui d'une requête en nullité de la garde à vue<sup>8</sup> ».

Cette même formation a prononcé le 4 juin 2010 l'irrecevabilité d'un moyen de constitutionnalité soulevé à l'occasion d'un pourvoi contre un arrêt de condamnation de la cour d'appel de Nouméa, dès lors qu'il résultait « tant de l'arrêt de la cour d'appel que du jugement du tribunal correctionnel qu'une exception de nullité » de la procédure n'avait pas été soulevée devant le juge du fond<sup>9</sup>. Il en résulte que les questions prioritaires de constitutionnalité critiquant des dispositions législatives touchant à la procédure pénale (visant donc à obtenir l'annulation de la procédure suivie) doivent obligatoirement accompagner une demande de nullité.

De même, le 9 juillet 2010, est déclarée irrecevable une question de constitutionnalité aux motifs qu'elle n'avait pas été posée à l'appui d'une requête en nullité de la garde à vue « laquelle, en l'espèce, ne pouvait être déposée qu'au cours de l'instruction préparatoire<sup>10</sup> ».

Ainsi, dès lors que le tribunal est saisi sous la forme d'une ordonnance de renvoi, laquelle

7. Cass., QPC, 18 juin 2010, n° 12082, pourvoi n° 09-72.655.

8. Cass., QPC, 9 juillet 2010, n° 12165, pourvoi n° 10-83.756.

9. Cass., QPC, 4 juin 2010, n° 12049, pourvoi n° 09-86.658.

10. Cass., QPC, 9 juillet 2010, n° 12174, pourvoi n° 10-90.079.

purge les nullités, nul moyen d'inconstitutionnalité critiquant des dispositions législatives régissant la phase de procédure antérieure ne peut être soulevée devant lui.

Cette même formation avait précédemment jugé irrecevable une question prioritaire de constitutionnalité « posée à l'occasion d'un débat contradictoire ayant pour unique objet la détention provisoire, et non à l'appui d'une demande portant sur la régularité de la garde à vue<sup>11</sup> ».

## **5 – Invocation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**

Aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, une question prioritaire de constitutionnalité n'ouvre la possibilité de critiquer une disposition législative qu'en ce qu'elle porterait atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit.

La formation restreinte de la Cour de cassation a ainsi jugé à plusieurs reprises irrecevable une question de constitutionnalité visant la conformité de la disposition contestée à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>12</sup>.

La deuxième chambre civile de la Cour a également rappelé le caractère irrecevable d'un moyen d'inconstitutionnalité invoquant la non-conformité de dispositions de nature réglementaire à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>13</sup>.

## **C – La définition du champ d'application de la question prioritaire de constitutionnalité**

### **1 – Au regard de l'office du juge judiciaire**

- La jurisprudence hors du champ de la question prioritaire de constitutionnalité ?

La formation spécialisée de la Cour de cassation a énoncé que l'interprétation de la loi, relevant de l'office du juge, ne pouvait être déferée au contrôle du Conseil constitutionnel. Cette ancienne formation de la Cour a en effet jugé, dans une série d'arrêts datés du 19 mai 2010, que lorsque « la question posée tend, en réalité, à contester non la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation [...] comme telle, elle ne satisfait pas aux exigences<sup>14</sup> » de l'article 61-1 de la Constitution. De même, saisie de la question tendant à contester la constitutionnalité de l'article L. 5112-3 du code général de la propriété des personnes publiques, tel qu'interprété par la jurisprudence, cette même formation a jugé que la question dont peut être saisi le Conseil constitutionnel

11. Cass., QPC, 5 juillet 2010, n° 12134, pourvoi n° 10-90.052.

12. Cass., QPC, 4 juin 2010, n° 12053, pourvoi n° 10-90.033 ; voir également Cass., QPC, 25 juin 2010, n° 12056, pourvoi n° 10-82.506.

13. 2° Civ., QPC, 16 décembre 2010, n° 2351, pourvoi n° 10-40.061.

14. Cf. notamment Cass., QPC, 19 mai 2010, n° 12023, pourvoi n° 09-82.582 ; Cass., QPC, 19 mai 2010, n° 12020, pourvoi n° 09-87.307.

est seulement celle qui invoque l'atteinte portée par une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit, c'est-à-dire par le texte même, et non par l'interprétation qu'en donne la jurisprudence<sup>15</sup>.

Par sa décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 (*JO* du 7 octobre 2010, p. 18154) le Conseil constitutionnel a pour sa part considéré que « tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère » à une disposition législative<sup>16</sup>.

Par la suite, la chambre criminelle a jugé que ne présente pas un caractère sérieux, au regard de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la question portant sur les articles L. 214-1, L. 214-3, L. 216-8 L. 341-1, L. 341-10 et L. 341-19 du code de l'environnement, dès lors que les textes susvisés sont interprétés par la jurisprudence de telle sorte qu'ils ne portent pas atteinte à la Constitution<sup>17</sup>.

- La Cour préserve le rôle du juge dans l'interprétation de la loi

Par un arrêt du 31 mai 2010, l'ancienne formation spécialisée de la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu à renvoi au Conseil constitutionnel d'une question tendant à contester la conformité de l'article L. 131-17 au droit à l'intelligibilité et l'accessibilité, la disposition législative n'étant critiquée qu'en ce qu'elle laisse la place à interprétation, laquelle relève de l'office du juge<sup>18</sup>.

Par ailleurs, le 10 novembre 2010, la chambre criminelle a jugé que ne présente pas un caractère sérieux la question relative à la conformité de l'article 2 du code de procédure pénale aux droits et libertés garantis par la Constitution, en ce que ce texte ne prévoit pas l'impossibilité pour le Président de la République en exercice, lors de la durée de son mandat, de se constituer partie civile devant une juridiction pénale, en ce que cette question visait en réalité à préciser le champ d'application de l'article 2 du code de procédure pénale au regard de l'article 67 de la Constitution, ce qui relève de l'office du juge judiciaire<sup>19</sup>.

À titre comparatif, dans l'arrêt « Théron », le Conseil d'État, pour juger que la question de la méconnaissance du principe de la présomption d'innocence par l'article 728-1 du code de procédure pénale relatif au compte nominatif des détenus ne présente pas un caractère sérieux, indique que « l'article 728-1 [...] n'a pas par lui-même pour objet et ne saurait avoir pour effet d'imposer aux personnes détenues un prélèvement définitif de leurs avoirs au profit

15. Cass., QPC, 19 mai 2010, n° 12009, pourvoi n° 09-70.161.

16. Cf. également la décision n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010 (*JO* du 15 octobre 2010, p. 18540), *Compagnie agricole de la Crau* : le Conseil constitutionnel, saisi le 15 juillet 2010 par le Conseil d'État d'une QPC critiquant la loi du 30 avril 1941 portant approbation de deux conventions passées entre le ministre secrétaire d'État à l'agriculture et ladite compagnie, rappelle qu'à l'occasion d'une QPC tout justiciable peut contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative.

17. Crim., QPC, 5 octobre 2010, n° 5555, pourvoi n° 10-83.090.

18. Cass., QPC, 31 mai 2010, n° 12025, pourvoi n° 09-70.716.

19. Crim., QPC, 10 novembre 2010, n° 6376, pourvoi n° 10-85.678.

des parties civiles et des créanciers d'aliments, dès lors que cette mesure [...] a un caractère purement conservatoire<sup>20</sup>».

- L'invocabilité de la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité

Le Conseil constitutionnel a tranché la question de l'invocabilité, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, de l'incompétence négative du législateur par sa décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010. Un tel grief d'inconstitutionnalité peut être accueilli dès lors qu'« est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit ». *A contrario*, le Conseil juge que l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 n'instaure pas un droit ou une liberté au sens de la question prioritaire de constitutionnalité (le consentement à l'impôt n'étant pas un droit que les justiciables peuvent invoquer). Il précise ainsi : « considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 61-1 de la Constitution : "lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé" ; que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit ».

Il convient néanmoins de souligner que l'ancienne formation spécialisée de la Cour de cassation a rendu le 8 juillet 2010 un arrêt disant n'y avoir lieu à renvoyer l'article 665 du code de procédure pénale au Conseil constitutionnel au motif qu'il appartient à la chambre criminelle de veiller, lors de l'examen de la requête aux fins de renvoi dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, au respect du principe de la contradiction<sup>21</sup>. Le requérant soutenait que le deuxième alinéa de l'article 665 du code de procédure pénale relatif au renvoi d'une juridiction à une autre dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, en ce qu'il ne prévoit pas que la requête aux fins de renvoi soit signifiée aux parties ni que celles-ci puissent déposer un mémoire au greffe de la Cour de cassation, n'est pas conforme aux droits et libertés garantis par les articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Tirant les conséquences de cet arrêt, la chambre a rendu le 2 septembre un arrêt renvoyant à une audience ultérieure l'examen d'une requête fondée sur l'article 665 afin que celle-ci soit notifiée aux parties et qu'elles soient informées de leur droit de déposer un mémoire au greffe de la Cour de cassation dans le délai de huit jours suivant la notification<sup>22</sup>.

Un schéma procédural identique a été adopté à la suite de l'arrêt rendu le 16 juillet 2010 par l'ancienne formation spécialisée<sup>23</sup> disant n'y avoir lieu à renvoyer au Conseil constitutionnel les deux premiers alinéas de l'article 417 du code de procédure pénale, tout en affirmant que l'exercice effectif du droit du prévenu d'être assisté par un défenseur implique qu'il en

20. CE, 19 mai 2010, n° 331025, publié au *Recueil Lebon*; *Gaz. Pal.*, 27 mai 2010, p. 23.

21. Cass., QPC, 8 juillet 2010, n° 12144, pourvoi n° 10-90.048.

22. Crim., 2 septembre 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 130, pourvoi n° 10-86.257.

23. Cass., QPC, 16 juillet 2010, n° 12185, pourvoi n° 10-80.551.

ait été préalablement informé. Le 24 novembre suivant, la chambre criminelle précisait dès lors que l'exercice de la faculté reconnue au prévenu qui comparait devant la juridiction correctionnelle de se faire assister d'un avocat et, s'il n'en a pas fait le choix à l'audience et demande cependant à être assisté, de s'en faire désigner un d'office par le président, implique pour être effectif, y compris en cause d'appel, que ce magistrat l'ait préalablement informé de cette faculté s'il n'a pas reçu cette information avant l'audience<sup>24</sup>.

Les juridictions suprêmes, en vertu de leur pouvoir d'interprétation de la loi, peuvent donc interpréter ces normes en leur restituant leur signification conforme aux principes constitutionnels ou, à l'inverse, dire que ces textes, tels qu'interprétés et appliqués par elles, ne portent pas atteinte à la Constitution.

## 2 – Au regard de la primauté du droit communautaire

Dans un arrêt du 16 avril 2010, la formation spécialisée de la Cour de cassation a décidé de poser à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle relative à la compatibilité du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité avec les exigences découlant de la primauté du droit de l'Union<sup>25</sup>.

Par l'arrêt rendu le 22 juin 2010<sup>26</sup>, la Cour de justice rappelle qu'afin d'assurer la primauté du droit de l'Union le juge national doit rester libre de saisir, à tout moment de la procédure qu'il juge approprié et même à l'issue d'une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de justice de toute question préjudicielle qu'il juge nécessaire. Dans cette perspective l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) s'oppose à une législation nationale instaurant une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales qui empêcherait le juge national d'exercer cette faculté. Seule peut satisfaire à cette exigence la procédure prioritaire de contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* qui laisse les juridictions nationales libres :

- de saisir la Cour à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité ;
- d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union ;
- et de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union.

La CJUE confie à la juridiction de renvoi la mission de vérifier si la législation nationale peut être interprétée conformément à ces exigences du droit de l'Union.

La formation spécialisée de la Cour de cassation en a tiré les conséquences en précisant « que, dans l'hypothèse particulière où le juge est saisi d'une question portant à la fois sur la constitutionnalité et la conventionalité d'une disposition législative, il lui appartient de mettre en œuvre, le cas échéant, les mesures provisoires ou conservatoires propres à assurer

24. Crim., 24 novembre 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 185, pourvoi n° 10-80.551.

25. Cass., QPC, 16 avril 2010, n° 12003, pourvoi n° 10-40.002.

26. CJUE, 22 juin 2010, Aziz Melki et Sélim Abdeli, affaires n° C-188/10 et C-189/10.



la protection juridictionnelle des droits conférés par l'ordre juridique européen; qu'en cas d'impossibilité de satisfaire à cette exigence, comme c'est le cas de la Cour de cassation, devant laquelle la procédure ne permet pas de recourir à de telles mesures, le juge doit se prononcer sur la conformité de la disposition critiquée au regard du droit de l'Union en laissant alors inappliquées les dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée prévoyant une priorité d'examen de la question de constitutionnalité<sup>27</sup> ».

### 3 – La contestation des dispositions abrogées ou modifiées

À l'occasion de l'examen d'une question prioritaire faisant critique à l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de porter atteinte aux droits de la défense, à la liberté individuelle et au droit au respect de la vie privée, l'ancienne formation spécialisée de la Cour de cassation a jugé qu'une telle question ne présentait pas un caractère sérieux en ce qu'elle était sans objet, la disposition critiquée ayant été modifiée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 entrée en vigueur le 6 août 2008<sup>28</sup>.

De même, le 25 juin 2010, la Cour a dit n'y avoir lieu à renvoyer une question relative à la conformité de l'article L. 731-24 du code rural aux droits et libertés garantis par la Constitution, en ce qu'elle était là encore sans objet, la disposition critiquée ayant été abrogée par l'article 20 de la loi d'orientation agricole n° 2006-11 du 5 janvier 2006, entrée en vigueur le 7 janvier 2006<sup>29</sup>.

Dans sa décision n° 2010-16 QPC du 23 juillet 2010 (*JO* du 24 juillet 2010, p. 13728), le Conseil constitutionnel, saisi par le Conseil d'État des dispositions du 1° du 7 de l'article 158 du code général des impôts applicables du 1<sup>er</sup> janvier 2006 au 31 décembre 2008 puis modifiées par la loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008, a pour sa part considéré « que la modification ou l'abrogation ultérieure de la disposition contestée ne fait pas disparaître l'atteinte éventuelle à ces droits et libertés; qu'elle n'ôte pas son effet utile à la procédure voulue par le constituant; que, par suite, elle ne saurait faire obstacle par elle-même à la transmission de la question au Conseil constitutionnel au motif de l'absence de caractère sérieux de cette dernière ».

### D – Critère d'applicabilité au litige ou à la procédure ou de fondement des poursuites

La loi organique du 10 décembre 2009 retient un simple lien d'applicabilité entre la question prioritaire de constitutionnalité et l'instance ou la procédure à l'occasion de laquelle elle est soulevée, détaché de tout caractère déterminant sur son issue<sup>30</sup>.

27. Cass., QPC, 29 juin 2010, n° 12132, pourvoi n° 10-40.001 et n° 12133, pourvoi n° 10-40.002.

28. Cass., QPC, 15 juin 2010, n° 12092, pourvoi n° 09-72.478.

29. Cass., QPC, 25 juin 2010, n° 12109, pourvois n° 09-71.801, 09-71.805 et 09-71.806.

30. L'instance doit être en cours, comme l'a rappelé la formation restreinte de la Cour de cassation : Cass., QPC, 4 juin 2010, n° 12040, pourvoi n° 10-80.489.

La formation de la Cour de cassation spécialisée dans l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité a eu l'occasion de délimiter l'étendue de ce premier critère, plus précisément le régime de recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité en matière pénale. Ainsi, à l'occasion de la contestation de dispositions législatives relatives au régime de la garde à vue, elle précise que dans la mesure où le requérant n'a « pas soulevé devant le juge du fond d'exception de nullité relative à l'absence d'assistance d'un avocat au cours de ses auditions en garde à vue », « la question posée est irrecevable en ce que la disposition contestée n'est pas applicable à la procédure<sup>31</sup> ».

Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, daté du 14 septembre 2010, précise également ce qui doit s'entendre d'une disposition législative inapplicable au litige civil. Les requérants soutenaient que les dispositions de l'article L. 331-4 du code de l'action sociale et des familles – selon lesquelles l'incapacité de profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires faites par des personnes hébergées dans des établissements soumis à autorisation et à déclaration ne s'appliquent qu'aux personnes physiques propriétaires, administrateurs ou employés desdits établissements – portent atteinte au principe d'égalité. La Cour a estimé que « les intéressés poursuivant la nullité d'une libéralité consentie à une personne morale, l'inconstitutionnalité alléguée de la disposition contestée, inapplicable à ce litige, serait dépourvue d'incidence sur sa solution » ; elle en a déduit l'irrecevabilité de la question posée<sup>32</sup>.

Enfin, Le Conseil d'État a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité au droit de propriété et au principe d'égalité devant les charges publiques du report d'imposition des plus-values d'échanges de titres institué par l'article 92 B ancien du code général des impôts, au motif que ces dispositions ne peuvent être regardées comme applicables au litige (CE, 15 juillet 2010, n° 327512). En effet, elles n'ont été :

- ni appliquées par l'administration à la plus-value réalisée par le requérant ;
- ni l'objet, à quelque stade que ce soit, d'une demande de la part de ce dernier tendant à obtenir le bénéfice du régime qu'elles instaurent ;
- ni invoquées par les parties à l'appui des moyens qu'elles ont soulevés devant les juges du fond ou des moyens de cassation qui sont dirigés contre l'arrêt de la cour d'appel administrative relatif au litige en cause.

## **E – Le caractère sérieux ou nouveau du moyen de constitutionnalité**

### **1 – Critère de nouveauté**

Le Conseil constitutionnel indique dans sa décision du 3 décembre 2009 qu'« une question prioritaire de constitutionnalité ne peut être nouvelle [...] au seul motif que la disposition

31. Cass., QPC, 4 juin 2010, n° 12031, pourvoi n° 10-90.070, cf. également les décisions n° 12048, pourvoi n° 10-80.562 et n° 12053, pourvoi n° 10-90.033.

32. 1<sup>re</sup> Civ., QPC, 14 septembre 2010, n° 874, pourvoi n° 10-13.616.

législative contestée n'a pas déjà été examinée par le Conseil constitutionnel». Il précise que «le législateur organique a entendu [...] imposer que le Conseil constitutionnel soit saisi de l'interprétation de toute disposition constitutionnelle dont il n'a pas encore eu l'occasion de faire application; [...] dans les autres cas, il a entendu permettre au Conseil d'État et à la Cour de cassation d'apprécier l'intérêt de saisir le Conseil constitutionnel en fonction de ce critère alternatif<sup>33</sup>».

La Cour de cassation ne serait donc tenue de transmettre la question au Conseil constitutionnel que lorsque la nouveauté s'attache à un moyen obligeant à l'interprétation d'un texte ou principe constitutionnel dont le Conseil n'a jamais fait application. En dehors de cette hypothèse, la Cour, comme le Conseil d'État, conserve sa marge d'appréciation, le critère de nouveauté représentant un simple moyen d'examen de recevabilité complémentaire, voire subsidiaire, offert aux juridictions suprêmes pour déterminer s'il est ou non opportun de transmettre une question dont le caractère sérieux ne serait pas manifeste mais qui, par exemple, se poserait à l'occasion de nombreux litiges ou qui soulèveraient de forts enjeux d'opinion.

La première chambre civile de la Cour de cassation a fait application du critère de nouveauté, pour la première fois, le 16 novembre 2010<sup>34</sup> pour renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Les requérantes présentaient les questions suivantes :

« – Les articles 144 et 75, dernier alinéa, du code civil sont-ils contraires, dans leur application, au préambule de la Constitution de 1946 et de 1958 en ce qu'ils limitent la liberté individuelle d'un citoyen français de contracter mariage avec une personne du même sexe ? »

« – Les articles 144 et 75 du code civil sont-ils contraires, dans leur application, aux dispositions de l'article 66 de la Constitution de 1958 en ce qu'ils interdisent au juge judiciaire d'autoriser de contracter mariage entre personnes du même sexe ? »

Les magistrats de la première chambre civile ont ainsi jugé que ces questions « font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers; [...] comme telles, elles présentent un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce critère alternatif de saisine ».

## 2 – Critère de sérieux

Le préalable incontournable au caractère sérieux d'un moyen d'inconstitutionnalité tient à la précision de ses termes. La chambre criminelle l'a rappelé le 14 décembre 2010, s'agissant d'une question contestant les dispositions de l'article L. 511-1 du code de l'environnement posée dans des « termes très généraux », « ne permet[tant] pas à la Cour de cassation de contrôler son caractère nouveau ou sérieux<sup>35</sup> ».

33. Décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, précitée, considérant 21.

34. 1<sup>re</sup> Civ., 16 novembre 2010, n° 1088, pourvoi n° 10-40.042.

35. Crim., QPC, 14 décembre 2010, n° 7178, pourvoi n° 10-90.111.

a) La Cour de cassation a, dans sa fonction de filtre, fait application de certains principes constitutionnels.

- Principe de responsabilité

– Sur l'article 4 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, au sujet de la limitation ou de l'exclusion de l'indemnisation du conducteur fautif :

« La question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que l'article 4 répond à une situation objective particulière dans laquelle se trouvent toutes les victimes conductrices fautives d'accidents de la circulation, et ne permet, en rapport avec l'objet de la loi qui poursuit notamment un but d'intérêt général, de limiter ou d'exclure leur indemnisation que lorsque le juge constate l'existence d'une faute de leur part<sup>36</sup>. »

– Sur l'article 1384 du code civil :

La question posée tend à voir décider « que les dispositions de l'article 1384, alinéa 2, du code civil portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment au principe d'égalité, au droit de propriété et au principe selon lequel tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui l'oblige à le réparer ». Elle « ne présente pas un caractère sérieux en ce que le régime de l'article 1384, alinéa , du code civil répond à la situation objective particulière dans laquelle se trouvent toutes les victimes d'incendie communiqué, qu'il est dépourvu d'incidence sur l'indemnisation de la victime par son propre assureur de dommages aux biens, et qu'enfin il n'est pas porté atteinte au principe selon lequel tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer<sup>37</sup> ».

- Principe de la liberté d'expression et d'opinion

Le moyen tiré de ce que l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse serait contraire aux principes constitutionnels de la légalité des délits et des peines ainsi que de la liberté d'opinion et d'expression, « ne présente pas un caractère sérieux dans la mesure où l'incrimination [de contestation de crimes contre l'humanité] critiquée se réfère à des textes régulièrement introduits en droit interne, définissant de façon claire et précise l'infraction de contestation de l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par des membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale, infraction dont la répression, dès lors, ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion<sup>38</sup> ».

36. 2<sup>e</sup> Civ., QPC, 9 septembre 2010, n° 1741, pourvoi n° 10-12.732.

37. Cass., QPC, 7 mai 2010, n° 12004, pourvoi n° 09-15.034.

38. Cass., QPC, 7 mai 2010, n° 12008, pourvoi n° 09-80.774.

- Principe d'égalité devant la justice

Présente un caractère sérieux, au regard du « droit au juge tel qu'il est assuré par les dispositions constitutionnelles au travers du droit à agir en justice, [du] principe d'égalité des armes ainsi [que du] principe d'égalité devant la justice », la question relative à l'article 575 du code de procédure pénale qui « limite la possibilité de la partie civile de se pourvoir en cassation contre les arrêts de la chambre de l'instruction, en l'absence de pourvoi du ministère public<sup>39</sup> ».

- Principe de nécessité et d'individualisation des peines

« La question posée tend à faire constater que l'article L. 234-13 du code de la route est contraire à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et au principe de l'individualisation des peines découlant de cet article ; [...] au regard du principe selon lequel doit être établi le caractère strictement et évidemment nécessaire de toute peine, [elle] présente un caractère sérieux en ce qu'elle concerne une peine complémentaire obligatoire d'annulation du permis de conduire que le juge est tenu d'ordonner<sup>40</sup> ».

- Liberté d'association

« Les droits et obligations des membres d'une association syndicale [étant] attachés aux immeubles compris dans le périmètre de celle-ci et ayant un caractère réel », le moyen tiré de ce que « l'article 3 de l'ordonnance n° 2004-632 du 1<sup>er</sup> juillet 2004 ratifiée par l'article 78 XXX de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 qui oblige les propriétaires d'immeubles compris dans le périmètre d'une association syndicale de propriétaires à y adhérer [...] ne présente pas de caractère sérieux au regard des exigences du principe fondamental reconnu par les lois de la République de la liberté d'association<sup>41</sup> ».

- Droit au recours juridictionnel effectif

« La fixation du délai du pourvoi en cassation en matière d'infraction à la loi [du 29 juillet 1881] sur la presse à trois jours non francs, qui s'applique tant au prévenu qu'à la partie civile et au ministère public, ne les prive pas de la possibilité d'exercer un recours effectif devant la Cour de cassation et permet l'exercice, également effectif, des droits de la défense ; [...] la prorogation du délai, prévue par l'article 801 du code de procédure pénale, s'applique au délai du pourvoi fixé par l'article 59 de la loi du 29 juillet 1881 ; [...] enfin, un pourvoi qui n'aurait pu être formé dans ce délai peut être déclaré recevable si le demandeur justifie de circonstances l'ayant mis dans l'impossibilité absolue d'exercer son recours en temps utile ; [...] ainsi, la question est dépourvue de caractère sérieux<sup>42</sup> ».

- Liberté d'entreprendre

L'article L. 3132-29 du code du travail permet au préfet, lorsqu'un accord est intervenu entre les organisations syndicales de salariés et les organisations d'employeurs d'une

39. Cass., QPC, 31 mai 2010, n° 12028, pourvoi n° 09-87.295.

40. Cass., QPC, 8 juillet 2010, n° 12147, pourvoi n° 10-90.077.

41. Cass., QPC, 25 juin 2010, n° 12111, pourvoi n° 10-40.011.

42. Crim., QPC, 7 décembre 2010, n° 7080, pourvoi n° 10-83.698.

profession ou d'une zone géographique déterminées sur les conditions dans lesquelles le repos hebdomadaire est donné aux salariés et sur leur demande, d'ordonner la fermeture au public des établissements de la profession ou de la zone géographique concernée pendant toute la durée du repos hebdomadaire. Le moyen tiré d'une atteinte, par cet article, « à la liberté d'entreprendre, en ce que le repos hebdomadaire des salariés serait suffisamment garanti par les dispositions de l'article L. 3132-1 du code du travail [qui interdit de faire travailler un même salarié plus de six jours par semaine], présente un caractère sérieux ». Il y a donc lieu de transmettre la question au Conseil constitutionnel<sup>43</sup>.

- Représentativité syndicale

« Le moyen tiré de ce que les dispositions [des articles L. 2121-1, L. 2122-1, et L. 2122-2 du code du travail], en ce qu'elles régissent la représentativité des organisations syndicales catégorielles et inter-catégorielles, portent atteinte au principe d'égalité devant la loi, soulève une question qui présente un caractère sérieux<sup>44</sup> ».

« Le moyen tiré de ce que les [articles L. 2122-1, L. 2122-2 et L. 2143-3 du code du travail], en ce qu'ils régissent par des dispositions spécifiques la représentativité de certaines seulement des organisations syndicales catégorielles, portent atteinte au principe d'égalité devant la loi, soulève une question qui présente un caractère sérieux<sup>45</sup> ».

« Le moyen tiré de ce que [l'article L. 2122-2 du code du travail], en ce qu'[il] régit par des dispositions spécifiques la représentativité des organisations catégorielles auxquelles leur statut donnent vocation à présenter des candidats dans certains collèges électoraux, si elles sont affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale, porte atteinte aux principes d'égalité devant la loi et de liberté syndicale, soulève une question qui présente un caractère sérieux<sup>46</sup> ».

b) La Cour de cassation a, par ailleurs, ordonné le renvoi au Conseil constitutionnel de dispositions législatives relatives à des règles de procédures, notamment à la composition des juridictions de l'ordre judiciaire, ou de règles de fond.

- La composition des tribunaux des affaires de sécurité sociale

Le moyen tiré de ce que « les dispositions des articles L. 142-4 et L. 142-5 du code de la sécurité sociale portent [...] atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution de la République française, notamment, en ses articles 34, 55, 88-1 ainsi que les articles 1<sup>er</sup> et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen [...] présente un caractère sérieux au regard du principe constitutionnel d'égalité devant la loi en raison du mode de désignation des assesseurs du tribunal des affaires de sécurité sociale, lesquels sont proposés par les organisations syndicales de salariés et les organisations professionnelles d'employeurs auxquelles tous les justiciables n'adhèrent pas<sup>47</sup> ».

43. Soc., QPC, 26 octobre 2010, n° 2225, pourvoi n° 10-40.036.

44. Soc., QPC, 20 septembre 2010, n° 1947, pourvoi n° 10-40.025.

45. Soc., QPC, 20 septembre 2010, n° 1948, pourvoi n° 10-18.699.

46. Soc., QPC, 20 septembre 2010, n° 1949, pourvoi n° 10-19.113.

47. 2<sup>e</sup> Civ., QPC, 30 septembre 2010, n° 1894, pourvoi n° 10-40.029.

- La composition des tribunaux maritimes commerciaux

Le moyen tiré de ce que « les dispositions de l'article 90 du code disciplinaire et pénal de la marine marchande sont contraires, d'une part, au principe constitutionnel de l'indépendance et de l'impartialité du juge, d'autre part, au droit à un procès équitable, [...] revêt un caractère sérieux en raison de la présence, au sein du tribunal maritime commercial, de personnels de l'État relevant de l'administration des affaires maritimes, autorité chargée de la poursuite des infractions devant cette juridiction<sup>48</sup> ».

- Les règles de la garde à vue

Les questions prioritaires de constitutionnalité soutenant « que les dispositions des articles 62, 63, 63-1, 77 et 706-73 du code de procédure pénale, relatives à la garde à vue, sont contraires aux droits de la défense, au droit à une procédure juste et équitable, au droit à la liberté individuelle, au droit de ne pas faire l'objet d'arrestations d'une rigueur non nécessaire, au droit à l'égalité devant la loi et devant la justice, droits garantis par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, par les articles 1<sup>er</sup>, 2, 4, 6, 7, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ainsi que par les articles 1<sup>er</sup>, 34 et 66 de la Constitution [...] présentent un caractère sérieux en ce qu'elles concernent la garantie de la liberté individuelle et des droits reconnus à la défense<sup>49</sup> ».

- Les règles de la mitoyenneté (article 661 du code civil dans sa rédaction de 1804)

« La question posée présente un caractère sérieux en ce que le texte contesté, qui confère à un propriétaire, moyennant le versement d'une indemnité, la faculté de rendre mitoyen un mur que joint son fonds, pourrait être considéré comme entraînant une grave dénaturation du droit de propriété du maître du mur qui perd ses droits exclusifs, sans justification évidente d'une nécessité publique<sup>50</sup> ».

- L'article L. 7 du code électoral

Présente un caractère sérieux, « au regard du principe selon lequel doit être établi le caractère strictement et évidemment nécessaire de toute peine », la question relative à l'article L. 7 du code électoral, « en ce qu'elle concerne l'application de plein droit, à la suite d'une condamnation, d'interdictions et d'incapacités<sup>51</sup> ».

48. Cass., QPC, 19 mai 2010, n° 12010, pourvoi n° 09-85.443.

49. Cass., QPC, 4 juin 2010, n° 12041, pourvoi n° 10-90.021 ; n° 12042, pourvoi n° 10-90.022 ; n° 12043, pourvoi n° 10-90.025 ; n° 12044, pourvoi n° 10-90.027 ; n° 12046, pourvoi n° 10-90.030 ; n° 12047, pourvoi n° 10-90.032 ; n° 12050, pourvoi n° 09-88.083 ; n° 12051, pourvoi n° 10-90.036 ; n° 12052, pourvoi n° 10-90.035 et n° 12054 pourvoi n° 10-81.908.

50. 3<sup>e</sup> Civ., QPC, 15 septembre 2010, n° 1222, pourvoi n° 10-12.840.

51. Cass., QPC, 7 mai 2010, n° 12006, pourvoi n° 10-90.034.







**CINQUIÈME PARTIE**

# **ACTIVITÉ DE LA COUR**

REPRODUCTION AUTORISÉE AVEC INDICATION DE LA SOURCE  
UTILISATION COMMERCIALE INTERDITE





1

# **Statistiques de l'année 2010**



Tableau 1.1 - REPARTITION DU CONTENTIEUX CIVIL ET PENAL EN 2010

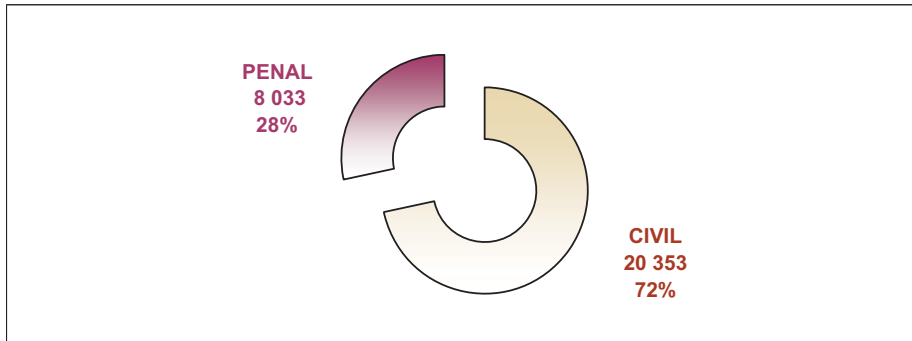
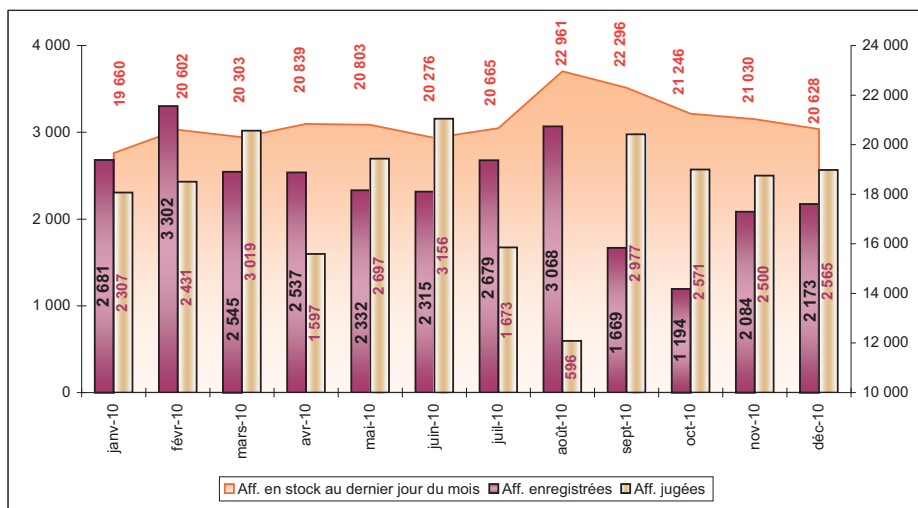
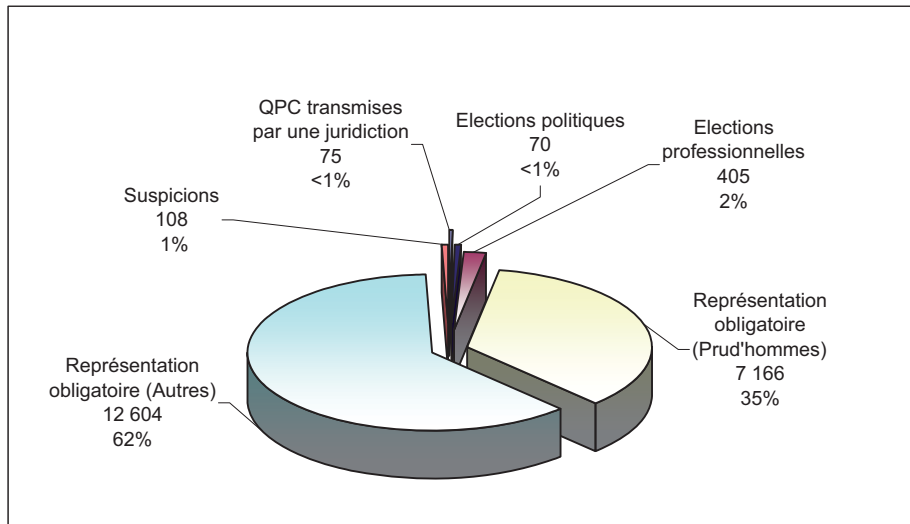


Tableau 1.2 - EVOLUTION DU STOCK GENERAL - ANNEE 2010

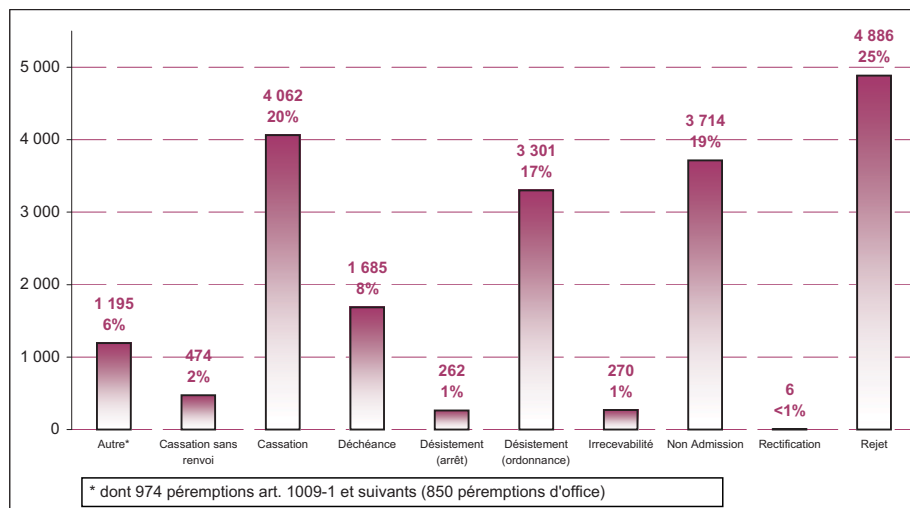


CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

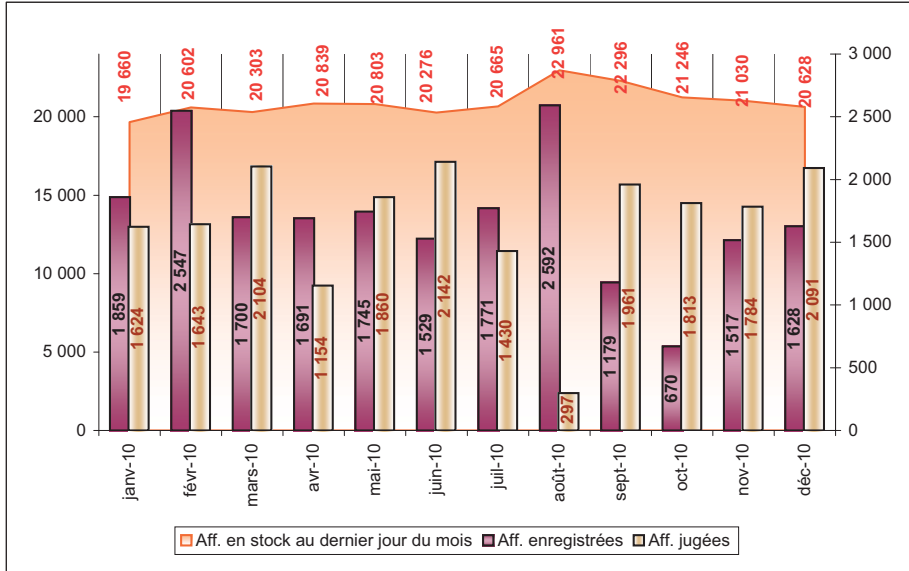
**Tableau 1.3 - REPARTITION DU CONTENTIEUX CIVIL, COMMERCIAL ET SOCIAL EN 2010  
PAR CATEGORIE D'AFFAIRES**



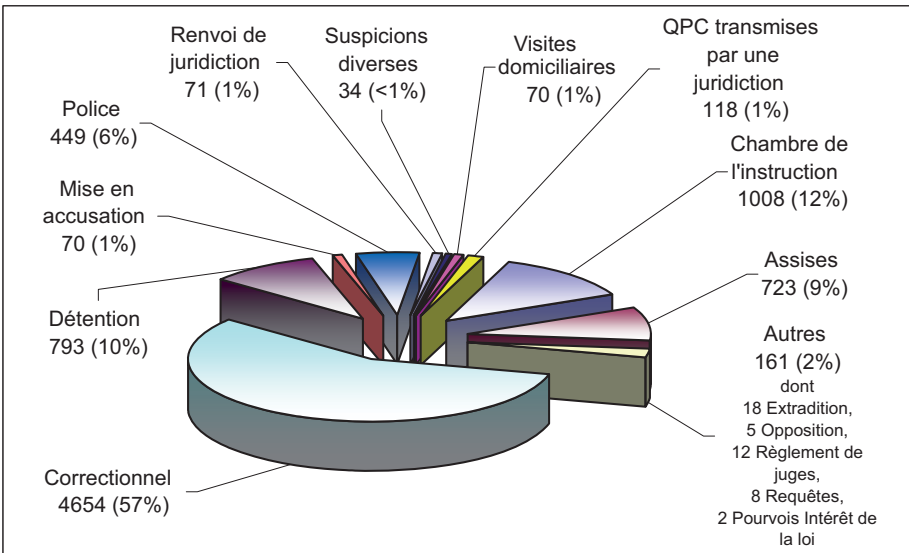
**Tableau 1.4 - REPARTITION DES DOSSIERS CIVILS TERMINES EN 2010 PAR CATEGORIE DE DECISIONS  
(HORS QPC)**



**Tableau 1.5 - EVOLUTION DU STOCK DES AFFAIRES CIVILES - ANNEE 2010**

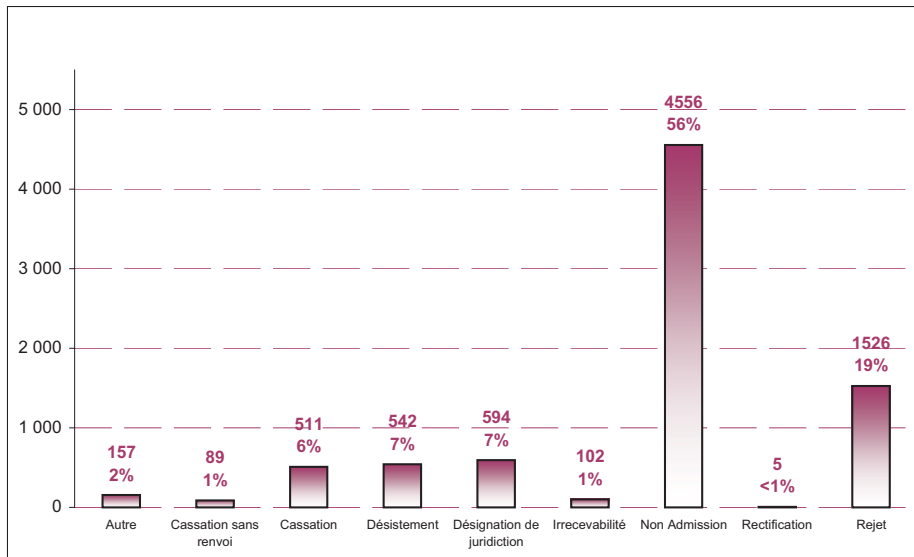


**Tableau 1.6 - REPARTITION DU CONTENTIEUX PENAL EN 2010 PAR CATEGORIE D'AFFAIRES**

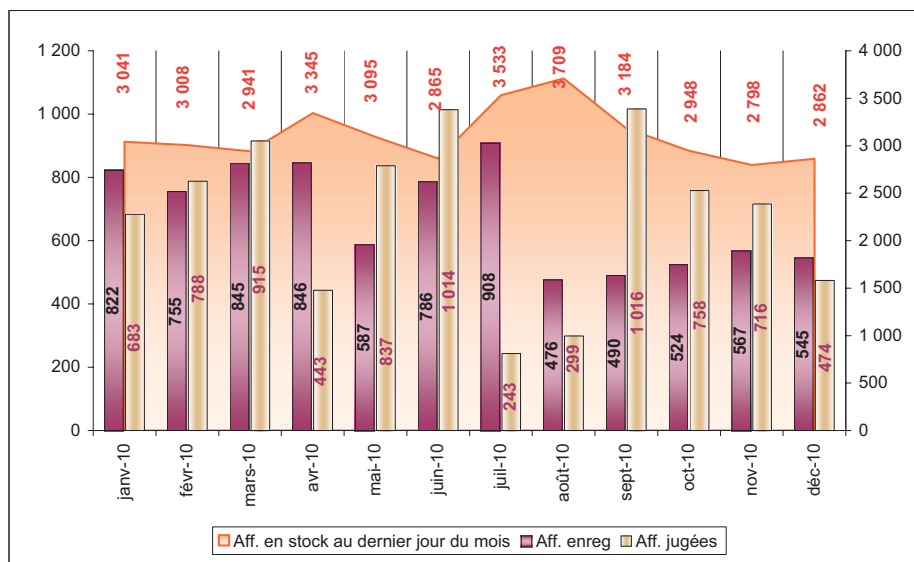


CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

**Tableau 1.7 - REPARTITION DES DOSSIERS PENAUX JUGES EN 2010  
PAR CATEGORIE DE DECISIONS (HORS QPC)**



**Tableau 1.8 - EVOLUTION DU STOCK DES AFFAIRES PENALES - ANNEE 2010**





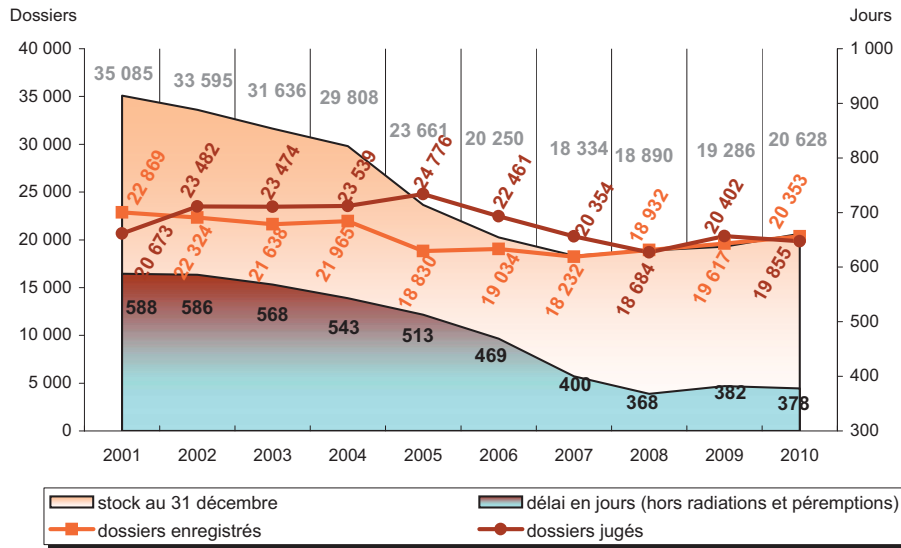
2

## **Évolution du stock et de la durée des affaires civiles et pénales**



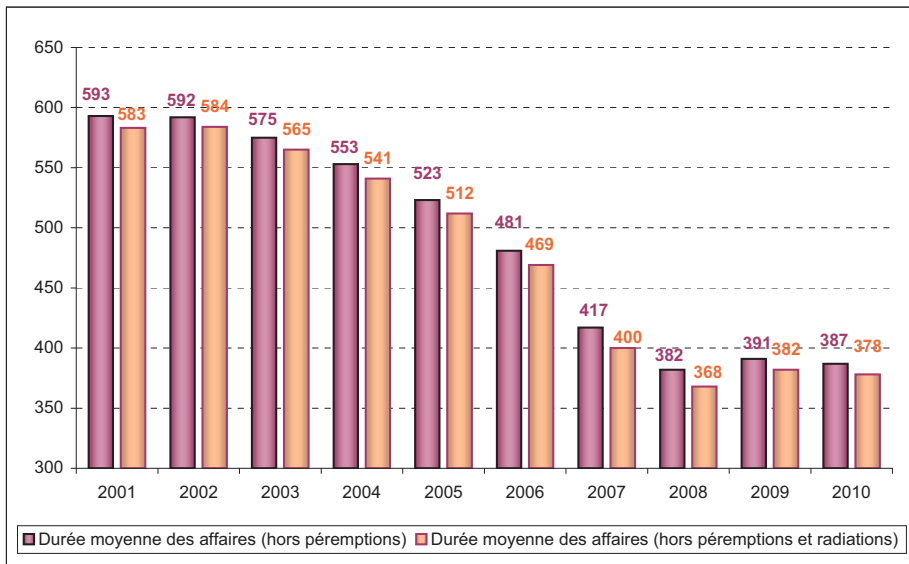
Évolution du stock et de la durée  
des affaires civiles et pénales

**Tableau 2.1 - STOCK, FLUX ET DELAI DU CONTENTIEUX CIVIL (HORS QPC)  
SOU MIS A LA COUR DE CASSATION**

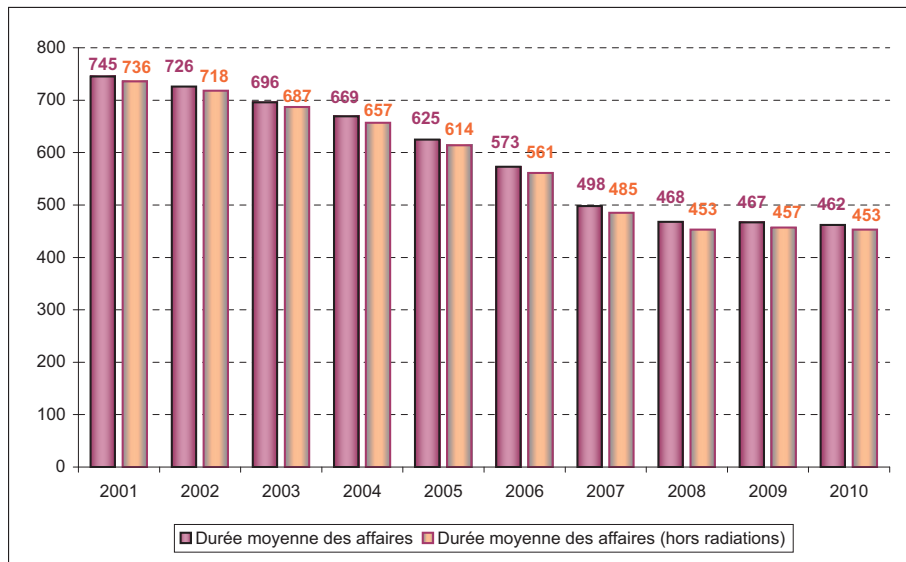


CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

**Tableau 2.2 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRES CIVILES**

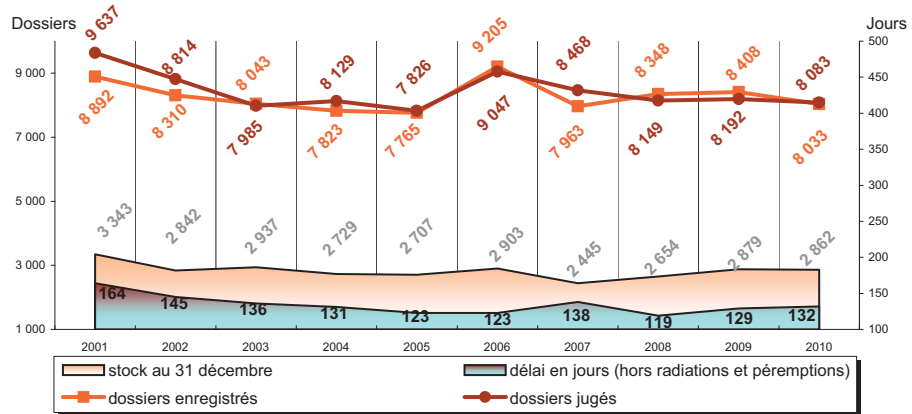


**Tableau 2.3 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRET (en jours) - CHAMBRES CIVILES**

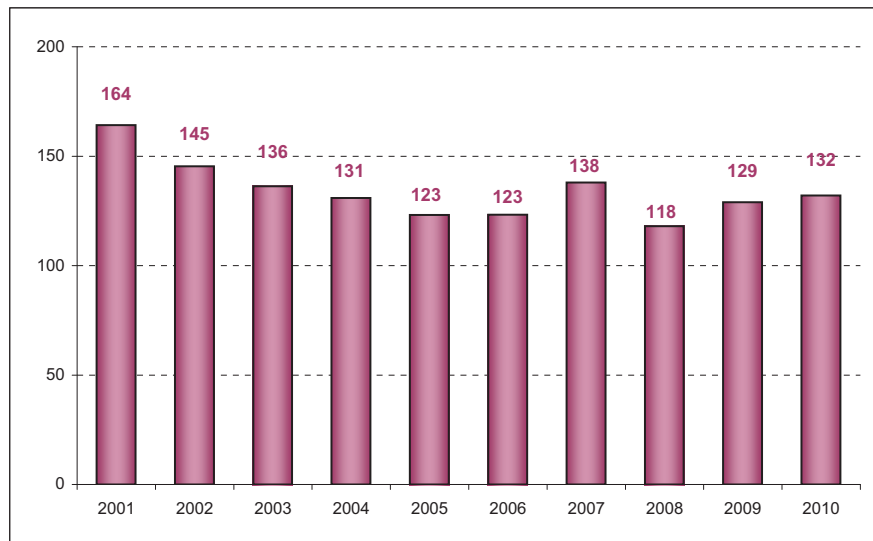


Évolution du stock et de la durée  
des affaires civiles et pénales

**Tableau 2.4 - STOCK, FLUX ET DELAI DU CONTENTIEUX PENAL  
SOU MIS A LA COUR DE CASSATION (HORS QPC)**

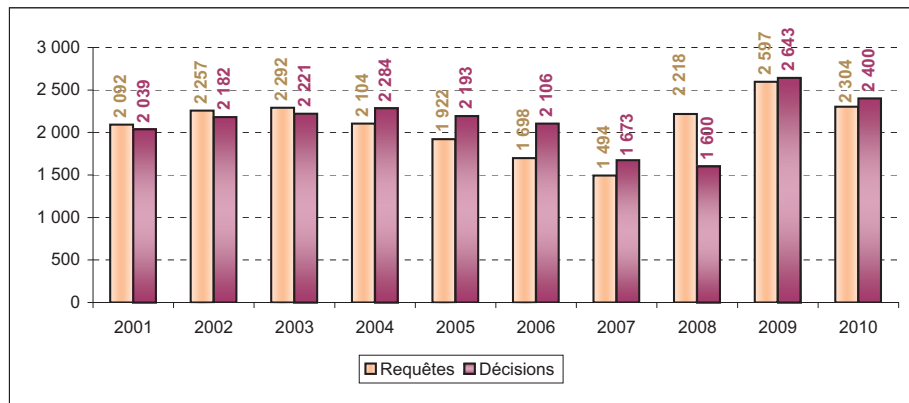


**Tableau 2.5 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES (en jours) - CHAMBRE CRIMINELLE**

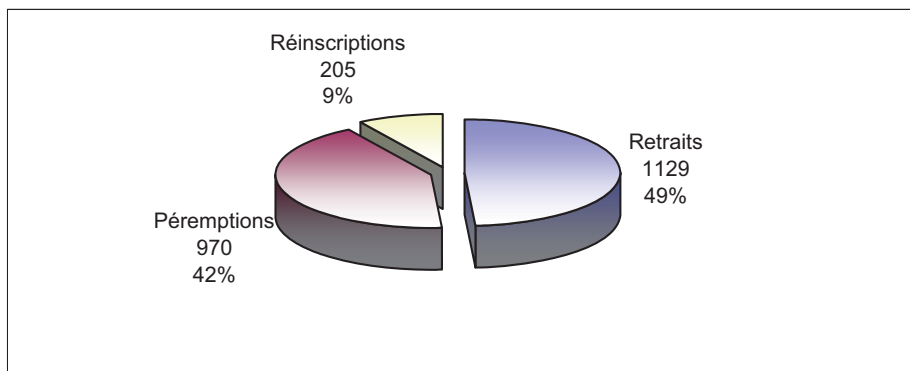


CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

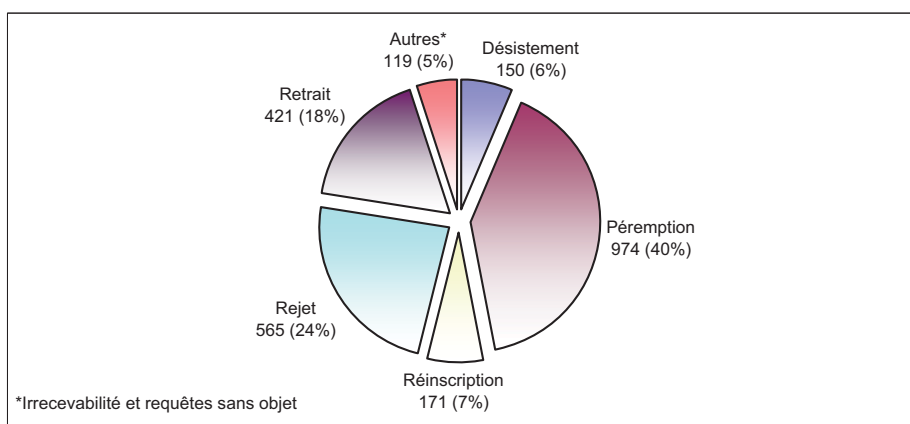
**Tableau 2.6 - PROCEDURE DE RADIATION (ART. 1009-1 DU CPC)  
REQUETES ET DECISIONS 1009-1**



**Tableau 2.7 - REPARTITION DES REQUETES 1009-1 EN 2010**



**Tableau 2.8 - REPARTITION DES DECISIONS 1009-1 EN 2010**



3

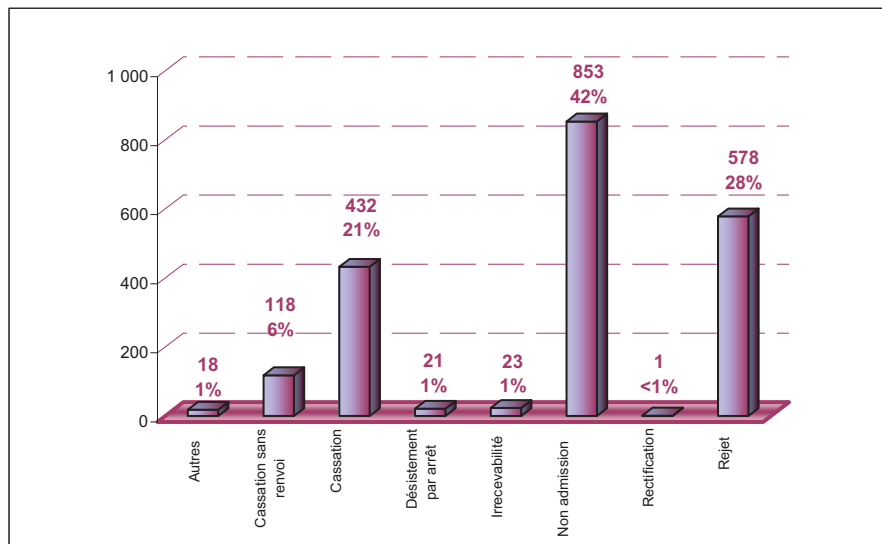
**Appréciation par  
chambre de l'activité  
civile, commerciale  
et sociale et en  
matière criminelle**



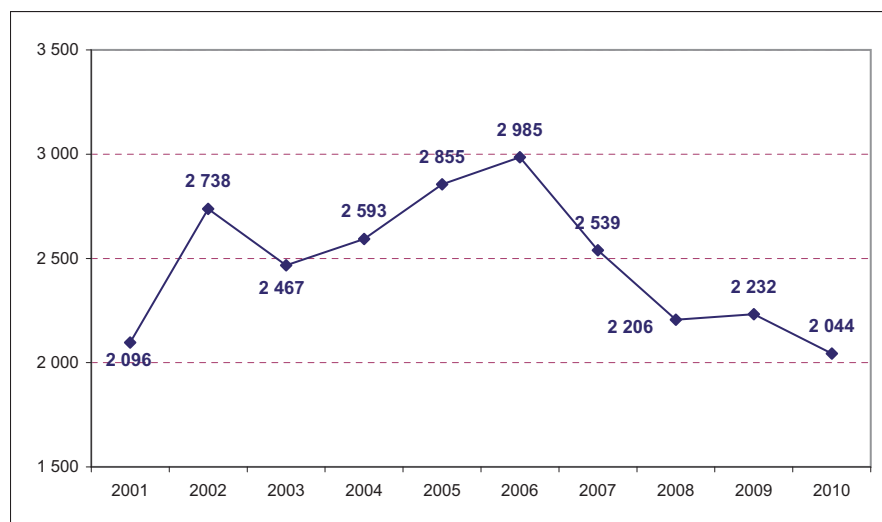


Appréciation par chambre de l'activité civile, commerciale et sociale et en matière criminelle

**Tableau 3.1 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2010  
PAR LA PREMIERE CHAMBRE CIVILE PAR CATEGORIE DE DECISIONS (HORS QPC)**

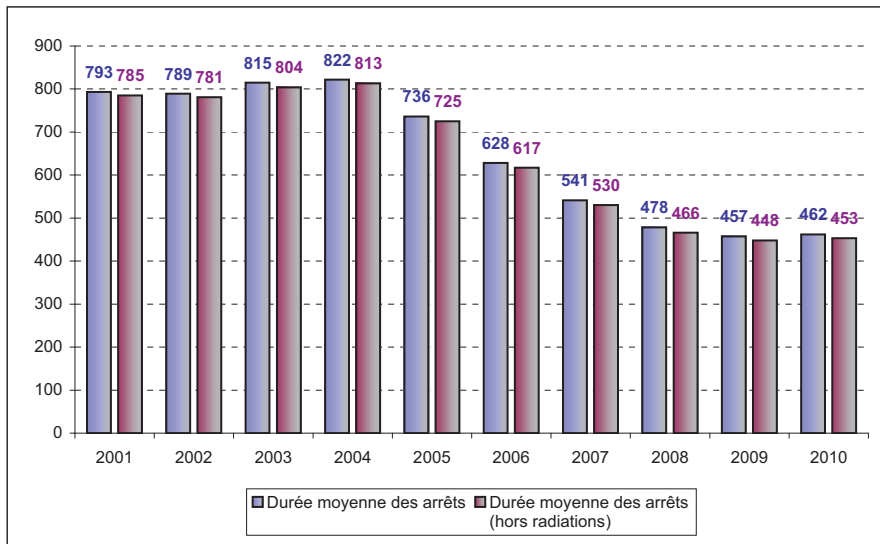


**Tableau 3.2 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - PREMIERE CHAMBRE CIVILE (HORS QPC)**



CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

**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 :

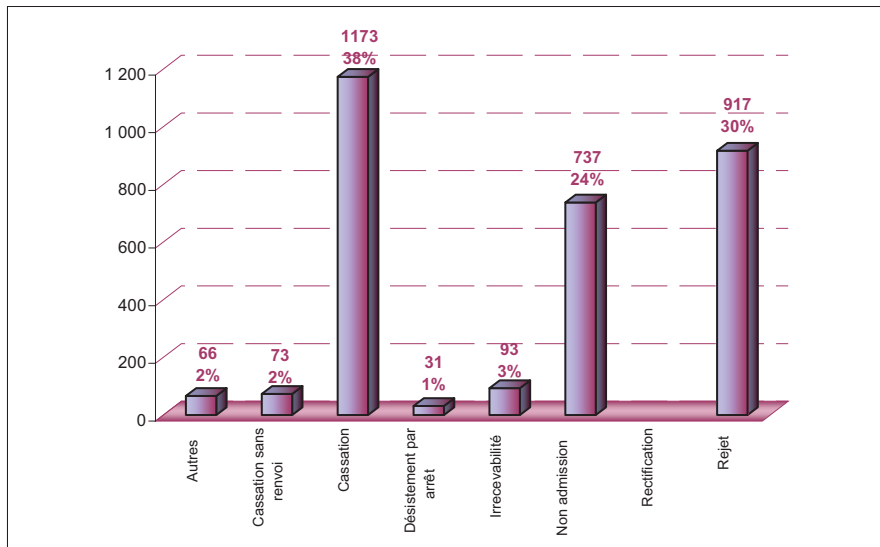
Cassation	28%
Rejet	29%
Non-admission	43%

Cette chambre a jugé 2044 affaires en 2010, soit une diminution de 1 % par rapport à 2009 (2232 affaires)

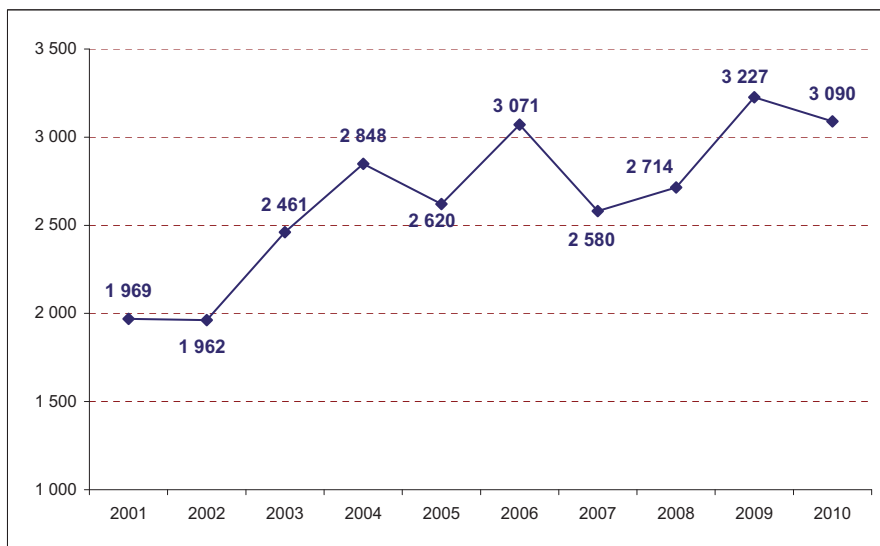
La durée moyenne de traitement de ces affaires (hors radiations) a légèrement augmenté, passant de 448 à 453 jours, soit un allongement de 5 jours

Appréciation par chambre de l'activité civile, commerciale et sociale et en matière criminelle

**Tableau 3.4 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2010  
PAR LA DEUXIEME CHAMBRE CIVILE PAR CATEGORIE DE DECISIONS (HORS QPC)**

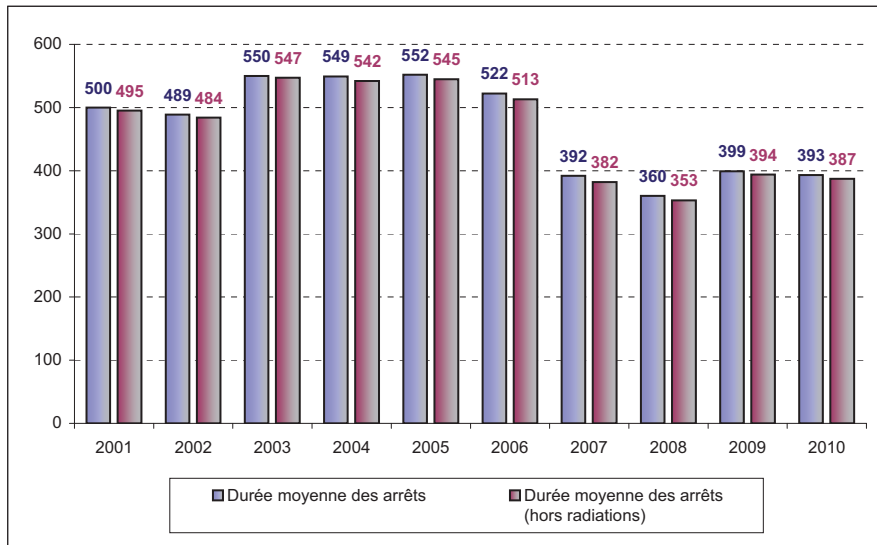


**Tableau 3.5 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - DEUXIEME CHAMBRE CIVILE (HORS QPC)**



CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

**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 :

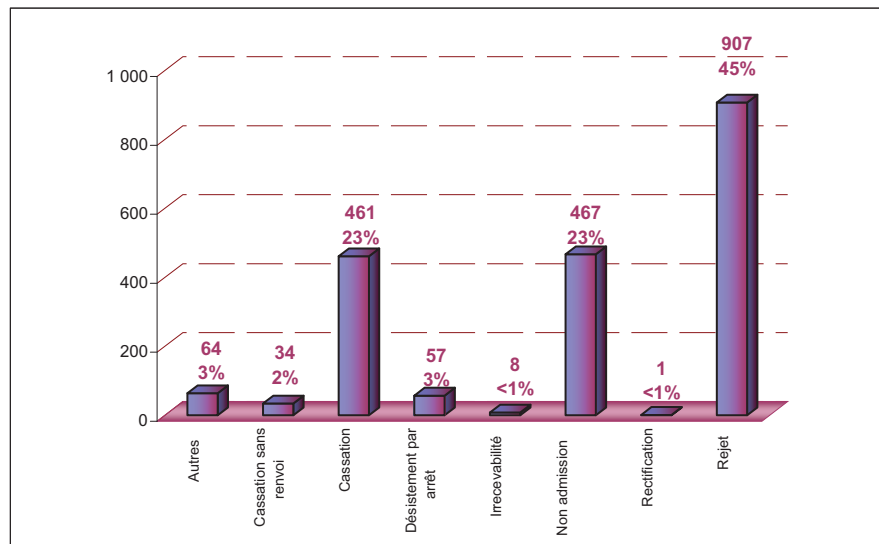
Cassation	43%
Rejet	32%
Non-admission	25%

Cette chambre a jugé 3090 affaires en 2010, soit une diminution de 4 % par rapport à 2009 (3227 affaires)

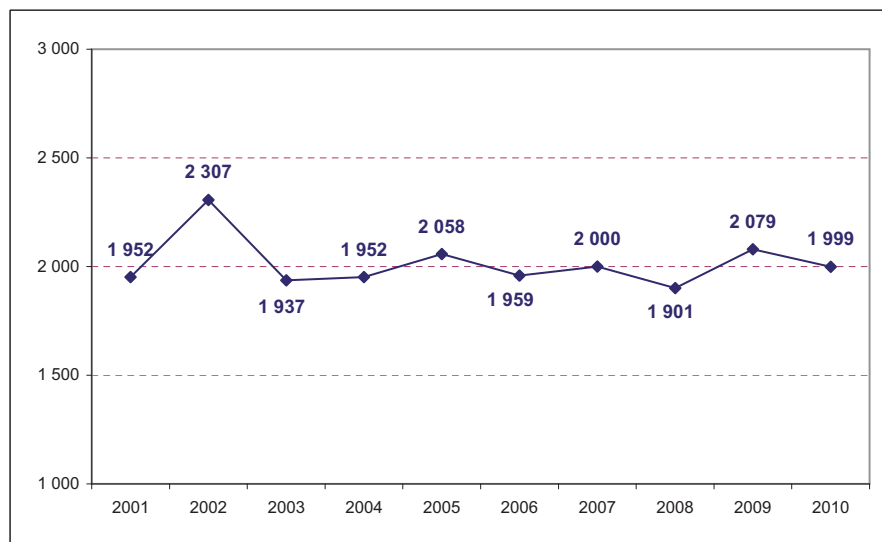
La durée moyenne de traitement de ces affaires (hors radiations) a légèrement diminué, passant de 394 jours à 387 jours, soit un gain de 7 jours

Appréciation par chambre de l'activité civile, commerciale et sociale et en matière criminelle

**Tableau 3.7 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2010  
PAR LA TROISIEME CHAMBRE CIVILE PAR CATEGORIE DE DECISIONS(HORS QPC)**

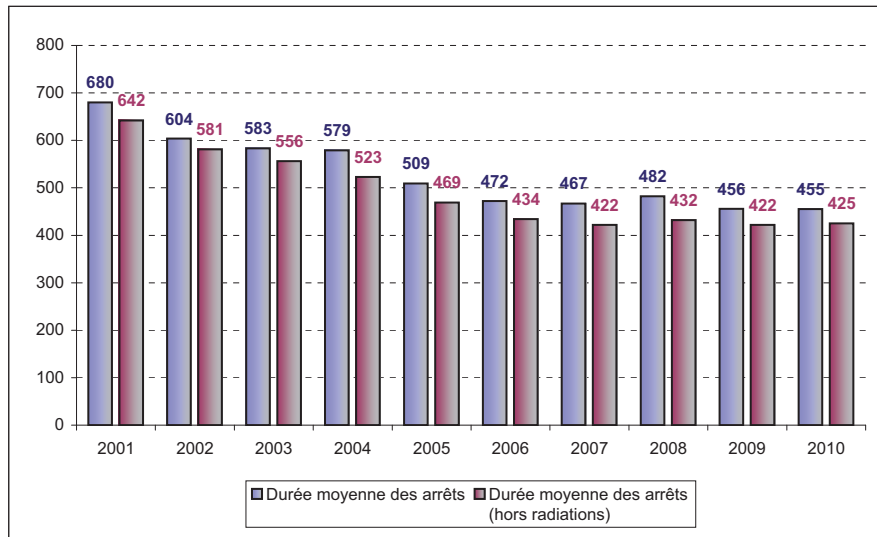


**Tableau 3.8 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - TROISIEME CHAMBRE CIVILE (HORS QPC)**



CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

**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 :

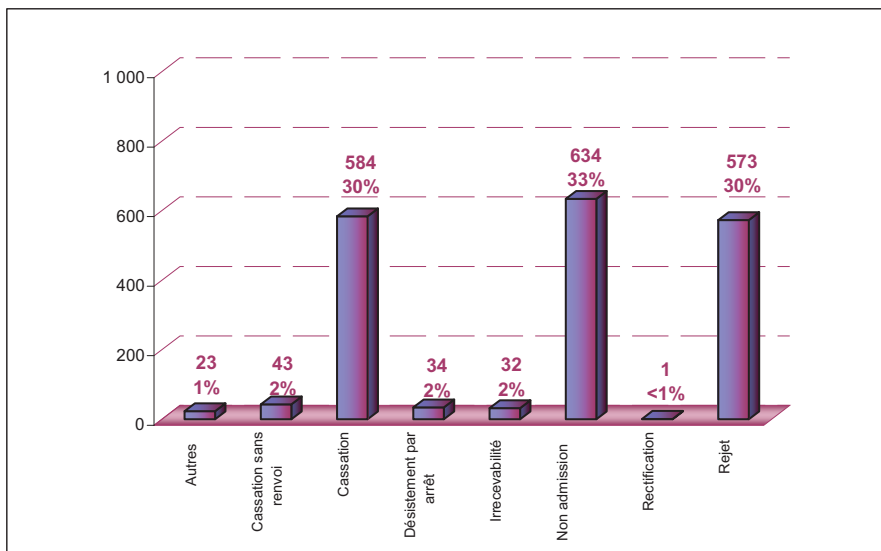
Cassation	26%
Rejet	49%
Non-admission	25%

Cette chambre a jugé 1999 affaires en 2010, soit une diminution de 4 % par rapport à 2009 (2079 affaires)

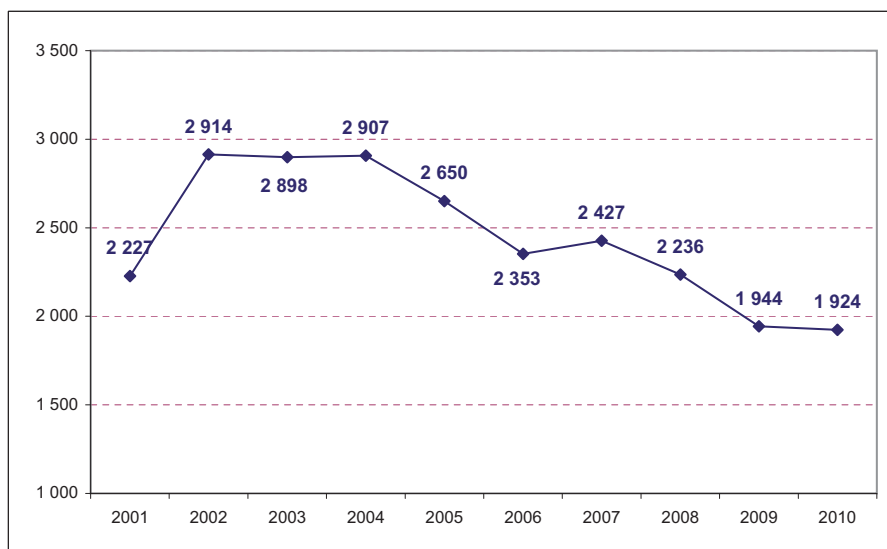
La durée moyenne de traitement de ces affaires (hors radiations) a légèrement augmenté, passant de 422 à 425 jours, soit un allongement de 3 jours

Appréciation par chambre de l'activité civile, commerciale et sociale et en matière criminelle

**Tableau 3.10 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2010  
PAR LA CHAMBRE COMMERCIALE PAR CATEGORIE DE DECISIONS (HORS QPC)**

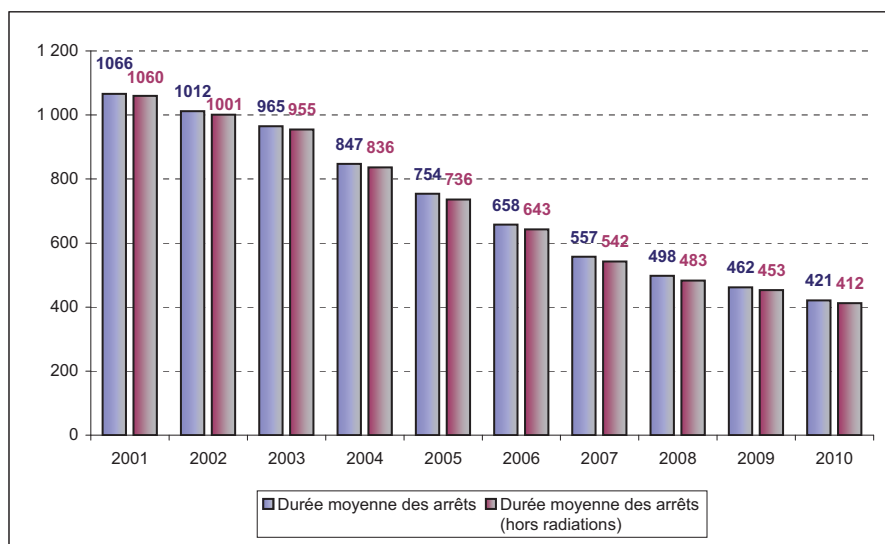


**Tableau 3.11 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - CHAMBRE COMMERCIALE (HORS QPC)**



CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

**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	31%
Non-admission	35%

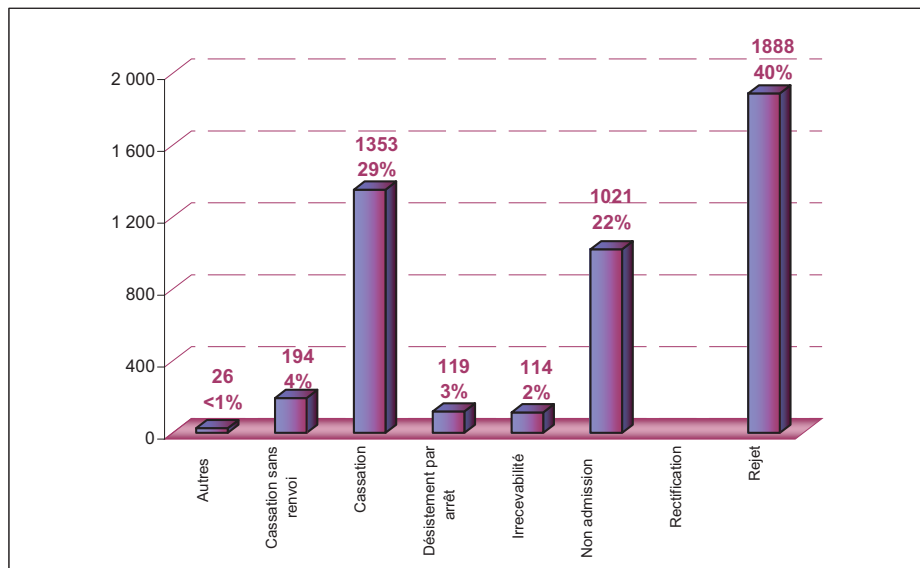
Cette chambre a jugé 1924 affaires en 2010, soit une diminution de 1 % par rapport à 2009 (1944 affaires)

La durée moyenne de traitement de ces affaires (hors radiations) a diminué, passant de 453 jours à 412 jours, soit un gain de 41 jours

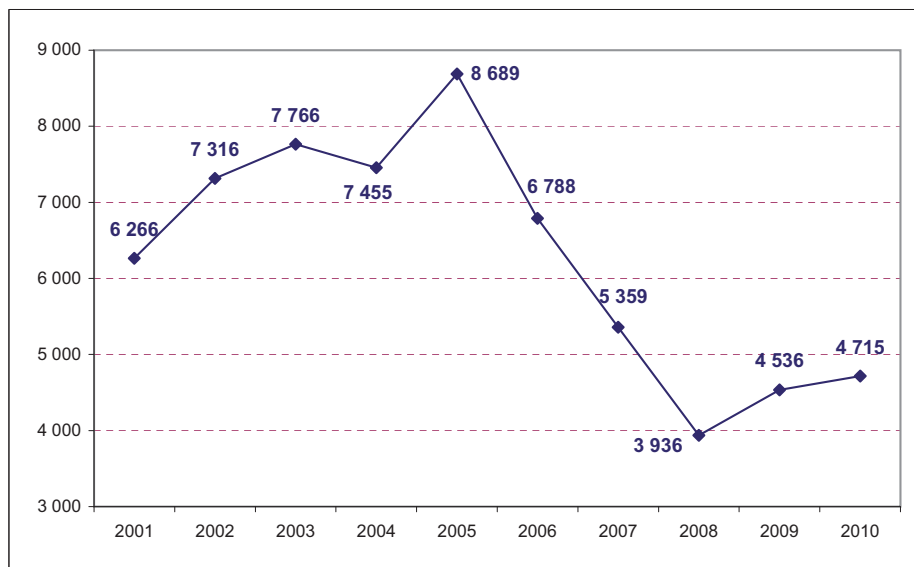


Appréciation par chambre de l'activité civile, commerciale et sociale et en matière criminelle

**Tableau 3.13 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES EN 2010  
PAR LA CHAMBRE SOCIALE PAR CATEGORIE DE DECISIONS (HORS QPC)**

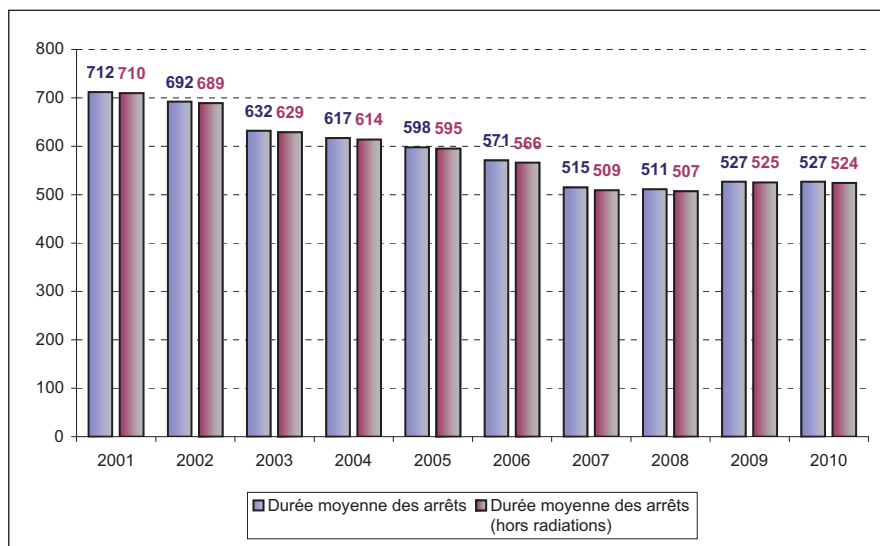


**Tableau 3.14 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - CHAMBRE SOCIALE (HORS QPC)**



CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

**Tableau 3.15 - DUREE MOYENNE DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRÊT (en jours)  
CHAMBRE SOCIALE**



La répartition des principales décisions de la chambre commerciale (hors désistements, irrecevabilité, rectifications et autres) se présente comme suit :

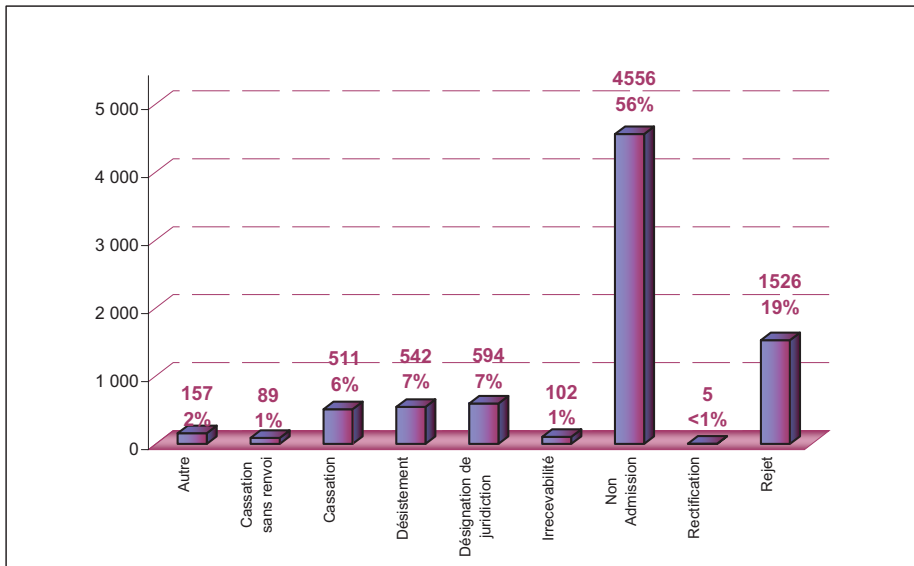
Cassation	35%
Rejet	42%
Non-admission	23%

Cette chambre a jugé 4715 affaires en 2010, soit une augmentation de 4 % par rapport à 2009 (4536 affaires)

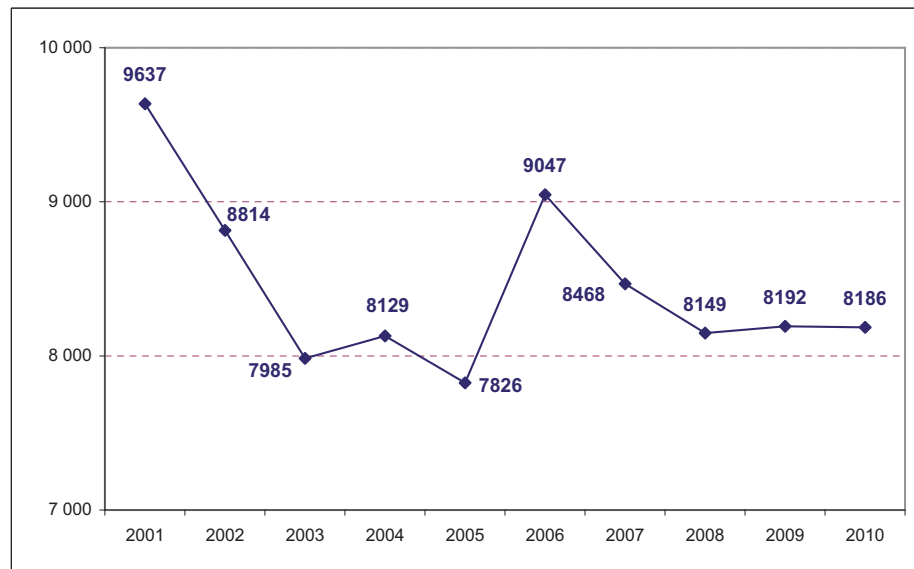
La durée moyenne de traitement de ces affaires (hors radiations) a légèrement diminué, passant de 525 jours à 524 jours, soit un gain d'une journée

Appréciation par chambre de l'activité civile, commerciale et sociale et en matière criminelle

**Tableau 3.16 - REPARTITION DES DOSSIERS PENAUX JUGES EN 2010  
PAR CATEGORIE DE DECISIONS (HORS QPC)**

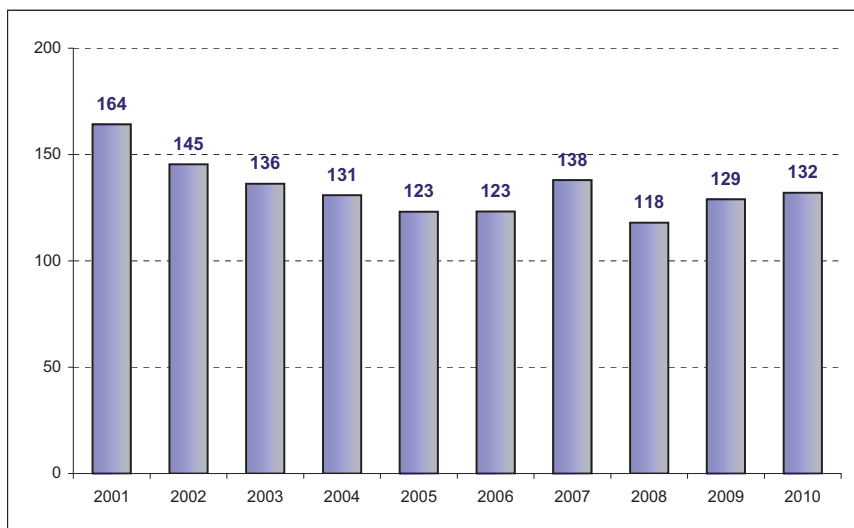


**Tableau 3.17 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES - CHAMBRE CRIMINELLE**



CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

**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	7%
Rejet	19%
Irrecevabilité	1%
Non-admission	56%

Sur dossiers jugés sur pourvois soutenus	
Cassation	17%
Rejet	41%
Irrecevabilité	3%
Non-admission	39%

Cette chambre a jugé 8186 affaires en 2010, soit une très légère diminution par rapport à 2009 (8192 affaires)

La durée moyenne de traitement de ces affaires (hors radiations) a légèrement augmenté, passant de 129 à 132 jours, soit un allongement de 3 jours

Appréciation par chambre de l'activité civile,  
commerciale et sociale et en matière criminelle

Tableau 3.19 - REPARTITION PAR FORMATIONS DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRET  
CHAMBRES CIVILES

	Total arrêts chambres civiles	Formation de section		Formation restreinte hors non-admission		Formation restreinte non-admission	
2004	17 954	3 184	17,73%	8 830	49,18%	5 940	33,08%
2005	18 553	3 463	18,67%	8 545	46,06%	6 545	35,28%
2006	16 992	2 801	16,48%	8 761	51,56%	5 430	31,96%
2007	14 741	2 016	13,68%	7 997	54,25%	4 728	32,07%
2008	12 986	2 220	17,10%	6 853	52,77%	3 913	30,13%
2009	13 985	1 795	12,84%	8 231	58,86%	3 959	28,31%
2010	13 796	1 827	13,24%	8 251	59,81%	3 718	26,95%

Tableau 3.20 - REPARTITION PAR FORMATIONS DES AFFAIRES TERMINEES PAR UN ARRET  
CHAMBRE CRIMINELLE

	Total arrêts chambre criminelle	Formation de section		Formation restreinte hors non-admission		Formation restreinte non-admission	
2005	6 922	375	5,42%	2 751	39,74%	3 796	54,84%
2006	8 094	273	3,37%	3 018	37,29%	4 803	59,34%
2007	7 496	216	2,88%	2 884	38,47%	4 396	58,64%
2008	7 245	226	3,12%	2 365	32,64%	4 654	64,24%
2009	7 221	194	2,69%	2 873	39,79%	4 154	57,53%
2010	7 290	148	2,03%	2 896	39,73%	4 246	58,24%

CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

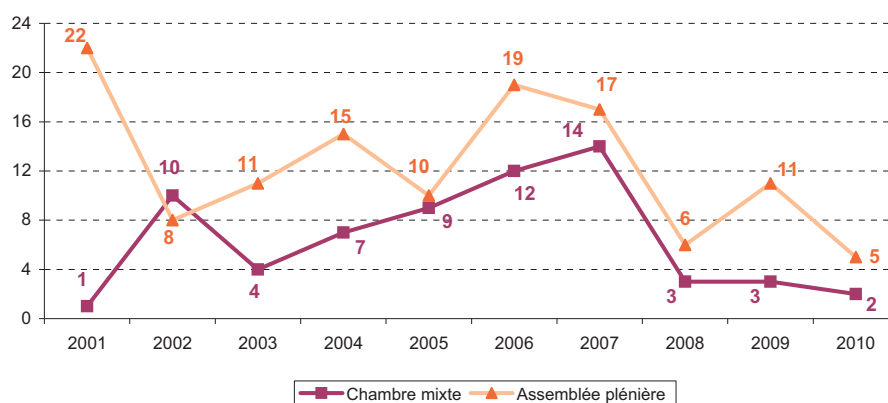
**Tableau 3.21 - REPARTITION DES DOSSIERS JUGES (HORS QPC)  
ASSEMBLEE PLENIERE ET CHAMBRE MIXTE**

Chambre	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Ass. plénière (pours en matière civile)	18	5	8	14	7	18	14	3	7	3
Ass. plénière (pours en matière pénale)	4	3	3	1	3	1	3	3	4	2
<b>Total</b>	<b>22</b>	<b>8</b>	<b>11</b>	<b>15</b>	<b>10</b>	<b>19</b>	<b>17</b>	<b>6</b>	<b>11</b>	<b>5</b>

Chambre	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Chambre mixte (pours en matière civile)	1	10	4	7	9	12	14	3	2	2
Chambre mixte (pours en matière pénale)									1	
<b>Total</b>	<b>1</b>	<b>10</b>	<b>4</b>	<b>7</b>	<b>9</b>	<b>12</b>	<b>14</b>	<b>3</b>	<b>3</b>	<b>2</b>

<b>Total général</b>	<b>23</b>	<b>18</b>	<b>15</b>	<b>22</b>	<b>19</b>	<b>31</b>	<b>31</b>	<b>9</b>	<b>14</b>	<b>7</b>
----------------------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	----------	-----------	----------

**Tableau 3.22 - EVOLUTION DES AFFAIRES JUGEES  
ASSEMBLEE PLENIERE ET CHAMBRE MIXTE**



4

**Questions  
prioritaires de  
constitutionnalité**





## Questions prioritaires de constitutionnalité

Tableau 4.1 - REPARTITION DES QPC ENREGISTREES EN 2010  
CIVIL ET PENAL

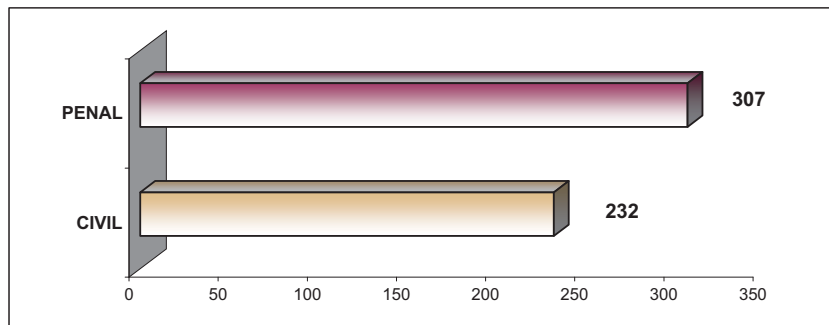


Tableau 4.2 - REPARTITION DES QPC CIVILES ENREGISTREES EN 2010

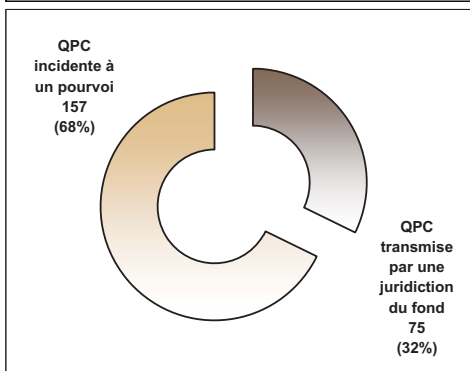
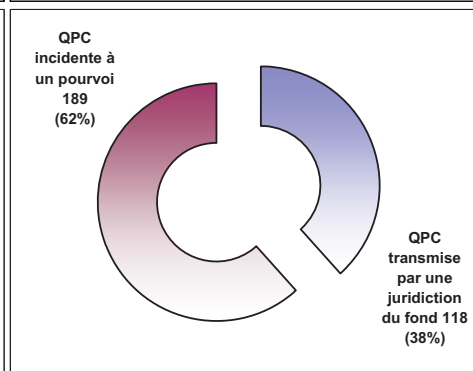
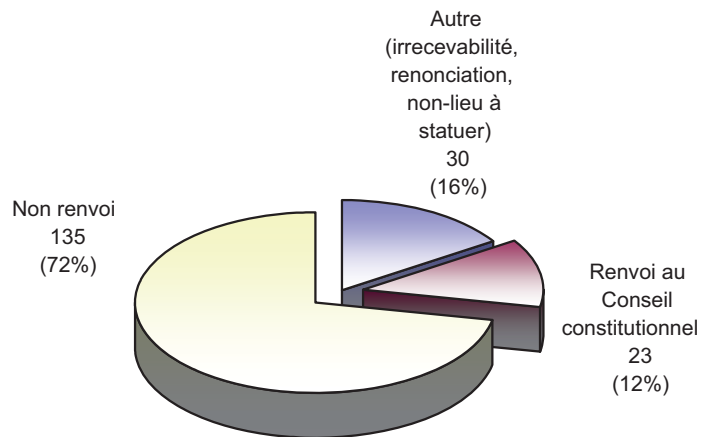


Tableau 4.3 - REPARTITION DES QPC PENALES ENREGISTREES EN 2010

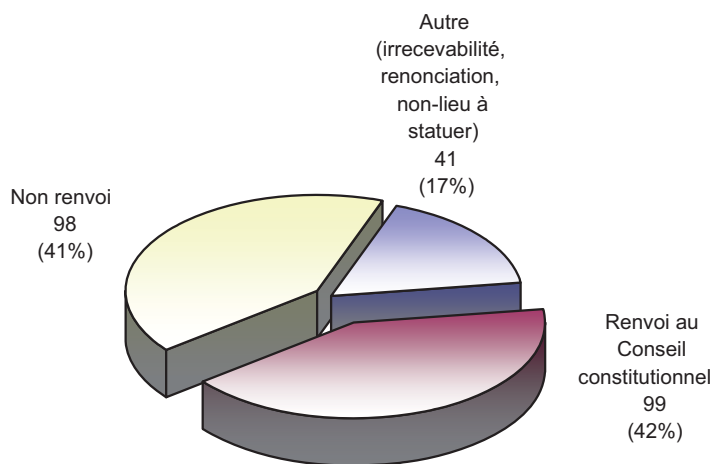


CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

**Tableau 4.4 - REPARTITION QPC CIVILES STATUEES EN 2010  
PAR CATEGORIES DE DECISION**



**Tableau 4.5 - REPARTITION QPC PENALES STATUEES EN 2010  
PAR CATEGORIES DE DECISION**



## Observations générales sur la statistique de la Cour de cassation

Le nombre des affaires nouvellement enregistrées connaît une augmentation en 2010, mais dans une moindre proportion qu'en 2009. Parallèlement, le stock des affaires en instance croît légèrement. L'année 2010 aura également été marquée par l'arrivée d'un contentieux nouveau : les questions prioritaires de constitutionnalité.

### 1. Une hausse du nombre des affaires enregistrées

#### 1.1. Une hausse légère du nombre des affaires enregistrées (tableaux 2.1 et 2.4)

Cette tendance déjà constatée en 2008, confirmée pour 2009, se retrouve en 2010, mais de manière moins importante. Ainsi, si le nombre cumulé des affaires enregistrées en matière civile et pénale avait connu une hausse sensible de 2007 à 2008, passant de 26 195 à 27 280 (+ 4,14 %), l'année 2009 a connu une hausse plus modérée de 2,73 %, pour atteindre un nombre d'affaires de 28 025. En 2010, la hausse se confirme (28 386 dossiers) mais se révèle également légère, soit 1,28 %.

#### 1.2. Les affaires civiles augmentent plus que les affaires pénales (tableau 1.1)

La proportion des affaires pénales par rapport aux affaires civiles avait fortement cru de 2005 à 2006 (de 27 % à 33 %) avant de se stabiliser à partir de 2007 (30 % en 2007 et 31 % en 2008). À partir de 2009, la tendance s'est inversée. Ainsi, la part des affaires pénales est passée de nouveau à 30 % en 2009 puis à 28 % en 2010.

#### 1.3. Une augmentation des affaires enregistrées en matière civile (tableaux 1.3 et 2.1)

Le nombre d'affaires enregistrées en 2010 s'élève à 20 353, soit une augmentation de 3,75 % par rapport à 2009 (19 617 affaires).

Rappelons que le contentieux civil, qui avait connu une baisse de 4,2 % en 2007 (18 232 affaires), a connu une hausse sensible de 3,83 % entre 2007 et 2008 (18 932 dossiers en 2008), puis continué de progresser modérément entre 2008 et 2009 de 3,61 % (19 617 dossiers en 2009).

Comme il avait été constaté en 2009, l'explication de cette augmentation doit être recherchée dans la hausse très sensible du contentieux prud'homal. Après une baisse importante enregistrée de 11 % entre 2006 et 2007, liée à l'extension de la représentation obligatoire à la matière prud'homale, suivie d'une hausse légère de 1,22 % de 2007 à 2008 (5 684 à 5 754 affaires), cette hausse s'est poursuivie de façon sensible en 2009 (6 026 affaires enregistrées, soit 4,72 % de hausse) pour croître plus fortement encore en 2010 (7 166 affaires), soit une hausse de 18,91 %.

#### **1.4. Une baisse des affaires enregistrées en matière pénale (tableaux 1.6 et 2.4)**

En matière pénale, après une augmentation de 6,87 % entre 2000 et 2001, suivie d'une baisse de 13 % de 2001 à 2005 puis d'une nouvelle progression de 18 % de 2005 à 2006, le nombre des affaires enregistrées a connu une nette diminution de 13,4 % de 2006 (9 205 affaires) à 2007 (7 963 affaires). La courbe des affaires enregistrées est repartie à la hausse en 2008 (4,62 %) avant de se stabiliser en 2009 (0,71 %), soit un nombre d'affaires de 8 408.

Pour 2010, le nombre d'affaires enregistrées baisse à nouveau de 4,46 % pour atteindre 8 033.

Ainsi, la baisse du contentieux correctionnel constaté en 2009 se confirme. Si une progression de 10,57 % avait été notée entre 2007 (4 435 affaires) et 2008 (4 959 affaires), puis de 3,73 % entre 2008 et 2009 (5 144 affaires), la tendance est inversée entre 2009 et 2010 (4 654 affaires) avec une baisse de 9,52 %. Corrélativement, le contentieux correctionnel, au sein de la chambre criminelle, qui représentait 56 % en 2007, 59 % en 2008, et 62 % en 2009, s'établit à 57 % pour 2010.

Parmi les autres contentieux, il convient de relever l'augmentation du contentieux de la détention provisoire de 3,39 % (767 affaires en 2009 contre 793 affaires en 2010), la baisse du contentieux de la chambre de l'instruction de 1,75 % (1 026 affaires en 2009 contre 1 008 affaires en 2010) qui représente toutefois 12 % du contentieux total (comme en 2009).

Il faut également évoquer la forte augmentation de 13,38 % du contentieux de police (396 affaires en 2009 contre 449 affaires en 2010), soit 6 % du contentieux total.

#### **2. Une augmentation du stock des dossiers en cours qui a peu d'incidence sur les délais de traitement des affaires (tableaux 2.1 et 2.4)**

Le stock général des dossiers en cours, qui avait baissé de plus de 10 % entre 2006 et 2007 (de 23 153 à 20 779 dossiers), connaît une augmentation constante depuis 2008 (3,55 % en 2008, 2,88 % en 2009 et 5,97 % en 2010) et s'élève à 23 490 dossiers au 31 décembre 2010. Le différentiel des affaires enregistrées sur affaires jugées s'établit ainsi à -1,6 % pour 2010 contre 4 % en 2009.

Le délai moyen de traitement des affaires, après avoir augmenté de 3,80 % de 2008 à 2009 en matière civile et de 8,4 % en matière pénale, connaît une baisse au civil de -1,04 %, mais une augmentation qui perdure au pénal, soit +2,32 %.

##### **2.1. Chambres civiles (tableaux 1.5 et 2.1)**

2.1.1. Pour 2010, le nombre des affaires jugées est légèrement inférieur au nombre des affaires enregistrées

Il s'agit d'une tendance nouvelle de 2010. En 2008, le différentiel entre les affaires jugées et les affaires enregistrées était de -1,30 %. Il redevient positif en 2009 avec +4 %.

L'année 2010 marque à nouveau un solde négatif puisque ce différentiel s'établit à -2,44 % dans les chambres civiles (19 855 dossiers jugés pour 20 353 dossiers enregistrés).

De même, le nombre des affaires terminées en 2010 (19855 affaires) est en baisse de 2,68 % par rapport à 2009 (20402 affaires).

#### 2.1.2. L'augmentation du nombre des affaires en instance (tableau 2.1)

Depuis 2008, le nombre des affaires en instance augmente légèrement : 18890 en 2008, 19286 en 2009 et 20628 en 2010 (+ 6,95 %) et l'activité des chambres de la Cour n'a pas totalement permis de compenser la hausse des affaires enregistrées.

Rappelons que le stock était de 18334 en 2007 et de 18890 en 2008, soit une hausse de 3,03 %. Il était de 19286 en 2009, soit une hausse de 2,09 % par rapport à 2008. Passé à 20628 en 2010, la hausse s'établit à 6,95 %.

#### 2.1.3. Les délais de jugement (tableaux 2.1, 2.2 et 2.3)

Après avoir légèrement augmenté en 2009 (s'agissant de la durée moyenne des affaires hors radiation), le délai de jugement était de 368 jours en 2008 et de 382 jours en 2009, soit une hausse de 3,80 % ; il baisse à nouveau en 2010 (- 1,04 %) pour atteindre 378 jours.

Pour les affaires terminées par un arrêt, le délai est passé à 457 en 2009 (hausse de 0,8 % par rapport à 2008) avant de retrouver en 2010 la même durée qu'en 2008, soit 453 :

- pour la première chambre, la durée moyenne est passée de 448 jours en 2009 à 453 jours en 2010, soit une hausse de + 1,1 % (tableau 3.3) ;
- pour la deuxième chambre, la durée moyenne est passée de 394 en 2009 à 387 jours en 2010, soit une baisse de - 1,77 % (tableau 3.6) ;
- pour la troisième chambre, la durée moyenne est passée de 422 jours en 2009 à 425 jours en 2010, soit une hausse de + 0,7 % (tableau 3.9) ;
- pour la chambre commerciale, la durée moyenne est passée de 453 jours en 2009 à 412 jours en 2010, soit une baisse de - 9,05 % (tableau 3.12) ;
- pour la chambre sociale, la durée moyenne est passée de 525 jours en 2009 à 524 jours en 2010, soit une baisse de - 0,19 % (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 2010

Les indicateurs de performance que la Cour de cassation s'est fixée pour l'année 2010 ont été cette année encore satisfaits en matière civile. Ainsi, la cible arrêtée par la Cour pour l'indicateur mesurant le délai moyen des procédures en matière civile était de 16 mois. Le délai moyen général (hors péremption) constaté en 2010 est de 15,37 mois.

## 2.2. Chambre criminelle

#### 2.2.1. Le nombre des affaires jugées est légèrement supérieur au nombre des affaires enregistrées (tableau 2.4)

En 2009, le nombre des affaires jugées par la chambre criminelle (soit 8192) avait augmenté de 0,52 % par rapport à 2008. En 2010, ce chiffre s'élève à 8083, soit une baisse de 1,33 % par rapport à l'année précédente.

## CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

Dans le même temps, le nombre d'affaires enregistrées (après avoir augmenté de 0,71 % entre 2008 et 2009) connaît une baisse plus significative de 4,46 % (8 408 en 2009 contre 8 033 en 2010).

Aussi, après deux années négatives, le différentiel entre les affaires jugées et les affaires enregistrées s'établit positivement en 2010 à 0,62 % (il était de -2,63 % en 2009 et -2,44 % en 2008).

### 2.2.2. Une légère baisse des affaires en instance

L'activité de la chambre criminelle et la baisse des affaires enregistrées conduit à une légère baisse des affaires en instance.

Aussi, le stock, de 2 879 en 2009, est passé à 2 862 dossiers en 2010, soit une baisse de 0,59 %.

### 2.2.3. Une légère hausse des délais de traitement (tableau 2.5)

Après une baisse constatée en 2007 et 2008 (de 138 jours en 2007 contre 118 jours en 2008), le délai de traitement des affaires devant la chambre criminelle est passé de 118 jours en 2008 à 129 jours en 2009 puis à 132 en 2010, soit une légère hausse de 2,32 %.

Malgré cette hausse, les indicateurs de performance que la Cour de cassation s'était fixée pour l'année 2010 ont été presque atteints en matière pénale (délai moyen général hors péremption en prévision = 135 jours, délai moyen constaté = 137 jours).

## 3. L'incidence des méthodes d'examen des dossiers

### 3.1. Les désistements et les déchéances (tableaux 1.4 et 1.7)

Un pourvoi peut faire l'objet d'un désistement lorsque le demandeur renonce à son recours ou à une déchéance lorsqu'il n'y donne pas suite par le dépôt d'un mémoire ampliatif.

En matière civile, le nombre de désistements a atteint le nombre de 3 563 en 2010 (il était de 3 390 en 2009 et 3 729 en 2008), soit une augmentation de 5,10 %. Dans la même matière, le nombre de déchéances, après avoir augmenté de 7,34 % entre 2008 et 2009 (1 841 en 2009), s'élève en 2010 à 1 685, soit une baisse de 9,25 %.

En matière pénale, le nombre de désistements, après avoir augmenté de 12 % entre 2008 et 2009, a baissé de 10,41 % pour atteindre 542.

### 3.2. Les arrêts

L'évolution des méthodes d'examen des dossiers, après la mise en œuvre de la loi n° 2001-539 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

13,24 % des procédures terminées par un arrêt en 2010 l'ont été en formation de section pour un total de 1 827, 12,84 % en 2009 (1 795 dossiers), 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).

59,81 % des procédures terminées par un arrêt en 2010 l'ont été en formation restreinte (hors non-admission), pour un total de 8 251, 58,86 % en 2009 (8 231 dossiers), 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).

26,95 % des procédures terminées par une décision en 2010 l'ont été par une décision de non-admission prononcée par une formation restreinte pour un total de 3 718 (28,31 % en 2009 (soit 3 959 dossiers), 30,13 % en 2008 (3 913 dossiers) 32 % en 2007 (4 728 dossiers), 32 % en 2006 (5 430 dossiers), 36 % en 2005 (6 545 dossiers) et 33 % en 2004 (5 940 dossiers).

### 3.2.2. En matière pénale

2,03 % des procédures terminées par un arrêt en 2010 l'ont été en formation de section pour un total de 148 dossiers, 2,69 % en 2009 (194 dossiers), 3,12 % en 2008 (226 dossiers), 3 % en 2007 (216 dossiers), et 4 % en 2006 (273 dossiers).

39,73 % des procédures terminées par un arrêt l'ont été en formation restreinte (hors non-admission) pour un total de 2 896 dossiers, 39,79 % en 2009 (2 873 dossiers), 32,64 % en 2008 (2 365 dossiers), 38 % en 2007 (2 884 dossiers), et 37 % en 2006 (3 018 dossiers).

58,24 % des procédures ont été terminées en 2010 par une décision de non-admission prononcée par une formation restreinte (4 246 dossiers), contre 57,53 % en 2009 (4 154 dossiers), 64,24 % en 2008 (4 654 dossiers), 59 % en 2007 (4 396), et 59 % en 2006 (4 803 dossiers).

En 2010, le nombre total de dossiers terminés par une non-admission (arrêts et ordonnances) s'établit à 4 556, soit 56 % des affaires jugées. Précisons toutefois que ce taux se réduit à 39 % lorsqu'il s'agit de pourvois soutenus par un mémoire ampliatif pour atteindre 17 % s'agissant de pourvois non soutenus.

## 3.3. Les assemblées plénières et les chambres mixtes (tableaux 3.21 et 3.22)

En 2010, 5 procédures ont été examinées par l'assemblée plénière de la Cour de cassation (contre 11 en 2009, 6 en 2008, 17 en 2007 et 19 en 2006).

Deux procédures ont été examinées par les chambres mixtes de la Cour (3 en 2009 et 2008, contre 14 en 2007 et 12 en 2006).

## 4. Un contentieux nouveau : la question prioritaire de constitutionnalité (tableaux 4.1 à 4.5)

Depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010, la Cour de cassation est appelée à se prononcer sur la transmission au Conseil constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) posées à l'occasion d'un pourvoi ou transmises par une juridiction de l'ordre judiciaire. La Cour de

## CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

cassation doit se prononcer dans le délai de trois mois suivant la transmission de la question par la juridiction ou le dépôt d'un mémoire distinct incident à un pourvoi.

Pour l'année 2010, la Cour de cassation a enregistré 307 questions prioritaires de constitutionnalité dans le domaine pénal et 232 dans le domaine civil.

En matière pénale, 62 % des QPC sont incidentes à un pourvoi – soit 189 questions – et 38 % émanent des juridictions – soit 118 questions – (tableaux 4.1 et 4.3).

Dans une proportion quasi identique, 68 % des QPC en matière civile sont incidentes à un pourvoi – soit 157 questions – et 32 % émanent des juridictions – soit 75 questions – (tableau 4.1 et 4.2).

Sur l'ensemble des QPC posées en matière pénale (tableau 4.5), 99 ont été renvoyées au Conseil constitutionnel (soit 42 %), 41 ont donné lieu à une décision d'irrecevabilité ou de non-lieu à statuer (soit 17 %) et 98 à une décision de non-saisine du Conseil constitutionnel (soit 41 %).

En matière civile (tableau 4.4), 23 ont été renvoyées au Conseil constitutionnel (soit 12 %), 30 ont donné lieu à une décision d'irrecevabilité ou de non-lieu à statuer (soit 16 %) et 135 à une décision de non-renvoi (soit 72 %).

En matière pénale et civile, ce contentieux naissant représente 1 % du total des affaires.

### Conclusion

Pour 2010, le nombre total des affaires enregistrées reste très légèrement supérieur à celui des affaires jugées dans un contexte marqué par l'introduction, en mars 2010, d'un contentieux nouveau, les questions prioritaires de constitutionnalité (soit 539 dossiers) dont l'examen est enfermé dans un délai impératif.

L'activité soutenue de l'ensemble des chambres de la Cour de cassation a permis de contenir l'augmentation du stock des dossiers en cours et de maintenir des délais raisonnables d'examen des affaires.



5

## **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 2010, la Cour de cassation a été saisie de deux demandes d'avis en matière pénale et de six demandes d'avis en matière civile.

Le nombre d'avis rendus avait été de 4 en 2009, 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**

#### **Introduction de l'instance**

##### *Date de l'introduction de l'instance en matière familiale*

La réforme du divorce, opérée par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce et le décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale, a accentué la distinction entre les deux phases de la procédure :

- la phase de conciliation, marquée par un tronc commun procédural ;
- l'instance proprement dite, qui contient le choix du fondement juridique de la demande en divorce.

L'article 257-1 du code civil prévoit ainsi qu'« après l'ordonnance de non-conciliation, un époux peut introduire l'instance ou former une demande reconventionnelle pour acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération du lien conjugal ou pour faute ».

L'article 1113 du code de procédure civile, résultant du décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004, dispose désormais que : « dans les trois mois du prononcé de l'ordonnance, seul l'époux qui a présenté la requête initiale peut assigner en divorce.

En cas de réconciliation des époux ou si l'instance n'a pas été introduite dans les trente mois du prononcé de l'ordonnance, toutes ses dispositions sont caduques, y compris l'autorisation d'introduire l'instance. »

Dans sa version antérieure au décret de 2004, ce même texte prévoyait que : « si l'époux n'a pas usé de l'autorisation d'assigner dans les trois mois du prononcé de l'ordonnance, son conjoint pourra, dans un nouveau délai de trois mois, l'assigner lui-même et requérir un jugement sur le fond.

Si l'un ou l'autre des époux n'a pas saisi le juge aux affaires familiales à l'expiration des six mois, les mesures provisoires sont caduques ».

La deuxième chambre civile avait jugé, sous l'empire du texte antérieur, que fait une exacte application des articles 757 et 1113, alinéa 2, du nouveau code de procédure civile,

une cour d'appel qui, pour constater la caducité des mesures provisoires, relève que le juge aux affaires familiales n'a pas été saisi dans le délai de six mois par la remise, au secrétariat-greffe, d'une copie de l'assignation (2<sup>e</sup> Civ., 26 juin 2003, *Bull.* 2003, II, n° 211, pourvoi n° 01-14.317).

Cette solution s'inscrivait dans la logique des textes qui tend à faire de l'enrôlement la saisine de la juridiction. Ainsi – par exemple – l'article 757 du code de procédure civile (« le tribunal est saisi, à la diligence de l'une ou l'autre partie, par la remise au greffe d'une copie de l'assignation »), l'article 838 du code de procédure civile – dans sa rédaction antérieure au décret n° 2010-1165 du 1<sup>er</sup> octobre 2010 – (« le juge est saisi, à la diligence de l'une ou l'autre partie, par la remise au greffe, d'une copie de l'assignation ») ou l'article 857 du code de procédure civile (« le tribunal est saisi, à la diligence de l'une ou l'autre partie, par la remise au greffe d'une copie de l'assignation »).

La jurisprudence en déduisait que, faute de remise de la copie de l'assignation au greffe du tribunal de commerce, la juridiction n'est pas saisie ni l'instance liée ; par suite, le défendeur ne peut se prévaloir du délai de péremption (2<sup>e</sup> Civ., 29 février 1984, *Bull.* 1984, II, n° 43, pourvoi n° 82-12.259).

Une difficulté d'interprétation du nouveau texte est apparue, résultant d'un changement sémantique, l'autorité réglementaire ayant remplacé l'expression « n'a pas saisi le juge » par « l'instance n'a pas été introduite ». Or, selon l'article 53 du code de procédure civile : « la demande initiale est celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions. Elle introduit l'instance ».

Or, la jurisprudence clairement affirmée de la Cour de cassation, non contestée en doctrine, opère une claire distinction entre l'introduction de l'instance, qui résulte de la délivrance de l'assignation lorsque cette dernière est utilisée (3<sup>e</sup> Civ., 15 mai 2002, *Bull.* 2002, III, n° 101, pourvoi n° 00-22.175 ; 3<sup>e</sup> Civ., 26 juin 2002, *Bull.* 2002, III, n° 152, pourvoi n° 00-22.557), et la saisine du juge, qui ne peut plus résulter que de la seule remise au greffe de la juridiction de la copie de cette assignation (2<sup>e</sup> Civ., 29 février 1984, *Bull.* 1984, II, n° 43, pourvoi n° 82-12.259 ; Com., 18 décembre 1984, *Bull.* 1984, IV, n° 356, pourvoi n° 83-10.664 ; 3<sup>e</sup> Civ., 10 décembre 1985, *Bull.* 1985, III, n° 167, pourvoi n° 84-16.799 ; 3<sup>e</sup> Civ., 23 juin 1993, *Bull.* 1993, III, n° 97, pourvoi n° 91-16.971 ; 2<sup>e</sup> Civ., 26 juin 2003, *Bull.* 2003, II, n° 211, pourvoi n° 01-14.317).

La question s'est donc posée de savoir si le délai de trois mois de l'article 1113, alinéa 2, du code de procédure civile était toujours interrompu par la date de la saisine du juge aux affaires familiales, c'est-à-dire par la date de remise au greffe d'une copie de l'assignation en divorce, ou par l'assignation proprement dite qui introduit l'instance, peu important la date de son enrôlement.

Saisie en ce sens par une demande émanant du tribunal de grande instance de Paris, la formation pour avis a, le 4 mai 2010 (*Bull.* 2010, Avis, n° 2, demande n° 10-00.002), retenu que lorsqu'une demande est présentée par assignation, la date d'introduction de l'instance doit s'entendre de la date de cette assignation, à condition qu'elle soit remise au secrétariat-greffe.

## Liquidation judiciaire

### *Séquestre conventionnel et liquidation judiciaire*

L'article R. 622-19 du code de commerce, dans sa rédaction issue du décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 modifiée par le décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006, rend caduques les procédures de distribution entamées avant l'ouverture de la procédure collective du débiteur, en application des dispositions suivantes : « conformément au II de l'article L. 622-21, les procédures de distribution du prix de vente d'un immeuble et les procédures de distribution du prix de vente d'un meuble ne faisant pas suite à une procédure d'exécution ayant produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture, au jour de ce jugement, sont caduques. Les fonds sont remis au mandataire judiciaire, le cas échéant par le séquestre qui par cette remise est libéré à l'égard des parties ».

La formation pour avis a été saisie d'une difficulté d'interprétation pour les procédures collectives ouvertes entre le 1<sup>er</sup> janvier 2006 et le 15 février 2009, résultant d'un défaut de concordance entre les dispositions de l'article L. 622-21 du code de commerce dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008 et l'article R. 662-19 du même code. La question qui lui était posée portait sur le point de savoir si, lorsqu'un séquestre conventionnel a été désigné à la suite d'une vente de fonds de commerce et que, dans le délai de séquestration des fonds, la liquidation de la société cédante a été prononcée, il y avait lieu d'ordonner la remise des fonds au liquidateur.

Saisie d'une question identique, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait, entre-temps, dans un arrêt du 8 juin 2010 (*Bull.* 2010, IV, n° 109, pourvois n° 09-68.591 et 09-68.594), jugé que « la procédure de distribution du prix de cession d'un fonds de commerce ayant fait l'objet, avant le jugement d'ouverture, d'un séquestre conventionnel en cours à la date de ce jugement, constitue une procédure de distribution du prix de vente d'un meuble ne faisant pas suite à une procédure d'exécution ayant produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture au sens des dispositions de l'article R. 622-19 du code de commerce ».

Dans son avis émis le 25 juin 2010 (*Bull.* 2010, Avis, n° 3, demande n° 10-00.003), la formation pour avis a logiquement dit qu'il n'y avait pas lieu à avis, la réponse à la question posée étant formulée par l'arrêt du 8 juin 2010 de la chambre commerciale de la Cour de cassation.

Il convient de souligner que, depuis l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, il n'y a plus de doute sur l'inclusion des procédures amiables de distribution dans la caducité ordonnée par l'article R. 622-19 du code de commerce, puisque l'article L. 622-21 du code de commerce vise dorénavant expressément les procédures de distribution, le législateur ayant voulu supprimer les traitements différenciés des distributions.

Désormais, la mission des séquestres conventionnels recevant le prix de cession d'un fonds de commerce prendra fin automatiquement par l'ouverture de la liquidation judiciaire du vendeur, que celle-ci soit soumise à l'article R. 622-19 du code de commerce appliqué avant ou après la modification opérée par l'ordonnance du 18 décembre 2008.

## Compétence du tribunal de grande instance

### *Établissement judiciaire du nom d'un enfant*

Avant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, l'article 334-3 du code civil permettait, en cas de désaccord entre les parents sur le nom de l'enfant naturel, de faire trancher ce différend par le juge aux affaires familiales, même en l'absence de modification de l'état de l'enfant.

L'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation a abrogé ce texte, à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2006, afin d'harmoniser les mécanismes applicables aux enfants issus d'un mariage et nés hors mariage, et de déjudiciariser cette procédure. Selon le nouvel article 311-23 du code civil, « lors de l'établissement du second lien de filiation puis durant la minorité de l'enfant, les parents peuvent, par déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil, choisir soit de lui substituer le nom de famille du parent à l'égard duquel la filiation a été établie en second lieu, soit d'accoler leurs deux noms, dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux ».

L'ordonnance du 4 juillet 2005 a, en outre, introduit dans le code civil un nouvel article 331 disposant que « lorsqu'une action est exercée en application de la présente section [relative aux actions aux fins d'établissement de la filiation], le tribunal statue, s'il y a lieu, sur l'exercice de l'autorité parentale, la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant et l'attribution du nom ».

Certaines juridictions du fond se sont interrogées sur le point de savoir si ce texte était de nature à conférer à la juridiction saisie d'une instance relative à l'établissement de la filiation le pouvoir de statuer sur l'attribution du nom alors que l'article 334-3 du code civil qui prévoyait le changement judiciaire de nom avait été abrogé. Plusieurs cours d'appel ont considéré qu'elle en était dépourvue depuis l'abrogation des dispositions de l'article 334-3 du code civil qui prévoyaient expressément un tel pouvoir, considérant que, désormais, le changement de nom ne pouvait résulter que d'une déclaration conjointe des parents auprès de l'officier d'état civil.

C'est dans ces conditions que la Cour de cassation a été saisie d'une demande d'avis formée par la cour d'appel de Toulouse, qui, saisie à titre principal d'une action en vue de l'établissement de la filiation, se demandait si « le juge, saisi par les parties en désaccord quant à l'attribution du nom de l'enfant, peut décider soit de la substitution du nom du parent à l'égard duquel la filiation est établie judiciairement en second lieu au nom jusque-là porté par l'enfant, soit de l'adjonction de l'un des noms à l'autre ».

Dans son avis émis le 13 septembre 2010 (*Bull.* 2010, Avis, n° 4, demande n° 10-00.004), la Cour de cassation a estimé que le tribunal de grande instance, saisi par les parties d'une demande de changement de nom d'un enfant, formée à l'occasion d'une action aux fins d'établissement judiciaire d'un second lien de filiation, auxquelles sont applicables les dispositions de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, était compétent, sur le fondement de l'article 331 du code civil, pour statuer sur l'attribution du nom de l'enfant en cas de désaccord entre les parents et pouvait décider, en considération de l'ensemble des intérêts en présence et plus particulièrement

de celui supérieur de l'enfant, soit de la substitution du nom du parent à l'égard duquel la filiation est établie judiciairement en second lieu, au nom jusque-là porté par l'enfant, soit de l'adjonction de l'un des noms à l'autre.

## Principe de la contradiction

### *Procédure de reconnaissance du caractère professionnel d'une maladie ou d'un accident*

L'article R. 441-11 du code de la sécurité sociale – dans sa rédaction antérieure au décret n° 2009-938 du 29 juillet 2009 – dispose qu'« hors les cas de reconnaissance implicite, et en l'absence de réserves de l'employeur, la caisse primaire assure l'information de la victime, de ses ayants droit et de l'employeur, préalablement à sa décision, sur la procédure d'instruction et sur les points susceptibles de leur faire grief ». L'article R. 441-13 du code de sécurité sociale ajoute que « le dossier constitué par la caisse primaire [...] peut, à leur demande, être communiqué à l'assuré, ses ayants droit et à l'employeur, ou à leurs mandataires ».

La Cour de cassation a précisé les contours de cette obligation d'information par une série de sept arrêts rendus le 19 décembre 2002. Elle juge qu'il résulte de l'article R. 441-11, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de la sécurité sociale que la caisse primaire d'assurance maladie, avant de se prononcer sur le caractère professionnel d'un accident ou d'une maladie, « doit informer l'employeur de la fin de la procédure d'instruction, des éléments recueillis susceptibles de lui faire grief, de la possibilité de consulter le dossier et de la date à laquelle elle prévoit de prendre sa décision » (Soc., 19 décembre 2002, *Bull.* 2002, V, n° 403, 7 arrêts : pourvois n° 01-20.384, 00-19.052, 00-21.112, 01-20.383, 01-20.828, 01-20.913 et 01-20.979).

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a ensuite clairement affirmé que l'organisme social n'était pas tenu de communiquer le dossier à l'employeur, et que, dès lors que l'obligation d'information avait été respectée par l'envoi de la lettre de clôture dans les conditions prévues, la décision était opposable à l'employeur (2<sup>e</sup> Civ., 19 octobre 2006, pourvoi n° 05-18.873 ; 2<sup>e</sup> Civ., 5 avril 2007, *Bull.* 2007, II, n° 93, pourvoi n° 06-11.687).

La Cour de cassation a été saisie d'une demande d'avis formée par le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) de Belfort, qui, à l'occasion de l'examen de la procédure de reconnaissance du caractère professionnel d'une maladie, posait les questions suivantes :

1) Le principe du contradictoire prévu à l'article R. 441-11 du code de la sécurité sociale est-il respecté par la simple information directe de l'employeur ou bien la caisse doit-elle obligatoirement prendre attache avec l'avocat mandaté par celui-ci lorsqu'il s'est manifesté à elle ?

2) Une caisse primaire pourtant avertie de la représentation par un avocat d'une partie dans la procédure de reconnaissance du caractère professionnel de la maladie ou d'un accident du travail qui ne lui fait parvenir ni la lettre de clôture, ni les pièces du dossier malgré ses demandes répétées, contrevient-elle aux dispositions de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1971, de l'article 4 de la loi du 17 juillet 1978 et conjugués des articles R. 441-11 et R. 441-13 du code de la sécurité sociale ?

3) La limitation à une communication sur place des pièces du dossier imposée par la caisse primaire à l'avocat ne constitue-t-elle pas une restriction à l'application de la Directive communautaire 77/249 du 22 mars 1997 permettant à un justiciable français de se faire représenter à l'étranger ?

Dans un avis émis le 20 septembre 2010 (*Bull.* 2010, Avis, n° 5, demande n° 10-00.005), la Cour de cassation a estimé que les deuxièmes et troisièmes questions étaient irrecevables, faute d'avoir été posées dans les conditions fixées à l'article 1031-1 du code de procédure civile, le juge n'ayant pas invité les parties à présenter leurs observations sur cette demande, ni ne les ayant expressément reprises à son compte dans le dispositif de son jugement. En ce qui concerne la première question, la Cour a considéré qu'en application des dispositions spécifiques des articles R. 441-11 et suivants du code de la sécurité sociale, le respect du principe de la contradiction, dans la procédure de reconnaissance du caractère professionnel d'un accident ou d'une maladie, est satisfait par le seul envoi à l'employeur par la caisse primaire d'assurance maladie d'une lettre l'informant de la fin de la procédure d'instruction, des éléments recueillis susceptibles de lui faire grief, de la possibilité de consulter le dossier et de la date à laquelle elle prévoit de prendre sa décision.

### Saisie immobilière

#### *Distribution amiable du prix d'un immeuble ayant fait l'objet d'une saisie immobilière et honoraires de l'avocat*

Les règles régissant la procédure de la saisie immobilière et la distribution du prix de vente de l'immeuble saisi ont été profondément modifiées par l'ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006 et le décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006. La réforme de la saisie immobilière avait pour objectif de déjudiciariser la procédure, en confiant à l'avocat le soin d'élaborer le projet de répartition, et en laissant simplement au juge de l'exécution la tâche d'homologuer celui-ci. Toutefois, aucun texte ne permet, à ce jour, de déterminer sous quelle forme et sur quelle base l'avocat constitué par la partie qui, selon l'article 107 du décret, va être amené à poursuivre la distribution du prix de l'immeuble, doit en définitive être rémunéré.

La formation pour avis a été saisie aux fins de savoir si les honoraires dus à l'avocat pour l'établissement du projet de distribution devaient être considérés comme faisant partie des frais de justice, et si ces honoraires constituaient, par voie de conséquence, une créance privilégiée dont le paiement pouvait être prélevé sur le produit de la vente de l'immeuble, conformément à l'article 2214 du code civil.

L'article 2214 du code civil dresse, en effet, la liste des créanciers admis à faire valoir de façon privilégiée leurs droits sur le prix de vente sur saisie immobilière d'un immeuble, parmi lesquels figurent les frais de justice, par renvoi à l'article 2375 du même code. Or, il n'existe pas de définition légale des frais de justice et des frais de la procédure de distribution.

Certes, l'article 695 énumère les frais qui relèvent des dépens, lesquels incluent « la rémunération des avocats dans la mesure où elle est réglementée », mais cela ne comprend cependant pas les honoraires contractuels des avocats. Or, l'article 12 du règlement intérieur national de la profession d'avocat, qui, par référence à des clauses-types, prévoit la possibilité pour l'avocat qui établit le projet de distribution, d'obtenir un prélèvement prioritaire



sur le produit de la vente de l'immeuble, n'a qu'une valeur contractuelle, en ce qu'elle est contenue au cahier des conditions de vente qui s'impose aux parties à la procédure.

Dans son avis émis le 18 octobre 2010 (*Bull.* 2010, Avis, n° 6, demande n° 10-00.006), la formation pour avis a retenu que, dans une procédure de distribution amiable du prix de vente d'un immeuble ayant fait l'objet d'une procédure de saisie immobilière, les honoraires de l'avocat du créancier poursuivant ayant élaboré le projet de distribution du prix ne sont pas des frais de justice, et qu'il n'y avait, de ce fait, pas lieu à avis à la seconde.

### Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante

#### *Demande d'indemnisation et délai de prescription*

La loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 a créé le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA), sous la forme d'un établissement public national à caractère administratif dont le contentieux relève néanmoins des juridictions de l'ordre judiciaire (article 53 de la loi). Cette loi n'a soumis le dépôt des demandes présentées à ce fonds à aucun délai de prescription spécifique.

C'est dans ces conditions que la Cour de cassation a été saisie par la cour d'appel de Metz d'une demande d'avis subdivisée en trois questions relatives au délai, au point de départ et aux causes d'interruption de la prescription des demandes d'indemnisation présentées au FIVA.

#### 1) Le délai de prescription

La première question de la demande d'avis était formulée en ces termes : « la prescription applicable aux demandes d'indemnisation adressées au FIVA par les victimes d'une exposition à l'amiante est-elle la prescription quadriennale instituée par la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 ou la prescription décennale de l'article 2226 du code civil ? »

Alors que le législateur prévoit généralement des délais de prescription spécifiques pour les demandes adressées aux fonds d'indemnisation, tel n'a pas été le cas à l'égard du FIVA. Or le FIVA est un établissement public national doté d'un comptable public et l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1968 prévoit que les créances sur les établissements publics dotés d'un comptable public sont soumises à une prescription de quatre ans à compter du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis.

La formation pour avis (Avis de la Cour de cassation, 18 janvier 2010, *Bull.* 2010, Avis, n° 1, demande n° 09-00.004) en a déduit que, ce texte spécial ayant vocation à s'appliquer, à l'exclusion de l'article 2226 du code civil, les demandes d'indemnisation adressées au fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante étaient soumises à la prescription quadriennale prévue par l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 68-1250, du 31 décembre 1968.

#### 2) Le point de départ de la prescription

La deuxième question de la demande d'avis était ainsi rédigée : « Dans les deux cas, le point de départ du délai de prescription doit-il être fixé :

a) pour les victimes dont la maladie a été diagnostiquée après la mise en place du barème indicatif d'indemnisation du FIVA, à la date du premier diagnostic de la maladie

liée à l'amiante ou à la date de la notification de la décision de l'organisme social reconnaissant le caractère professionnel de la maladie ?

b) pour les victimes dont la pathologie ou le décès est survenu avant la date de mise en place du barème indicatif d'indemnisation du FIVA [...], à la date du 21 janvier 2003, date de la mise en place du barème d'indemnisation du FIVA, ou à la date de la notification de la décision de l'organisme social reconnaissant le caractère professionnel de la maladie ? »

Parmi les différentes solutions envisageables, la formation pour avis a retenu celle consistant à dire que le délai de prescription ne pouvait commencer à courir tant que la consolidation du dommage n'avait pas été constatée. Cette solution, qui retient pour seul point de départ la date de consolidation de la maladie présente l'avantage de la simplicité par rapport aux autres solutions envisageables fondées sur la date de la connaissance par la victime de l'affection dont elle est atteinte et du lien de causalité entre cette maladie et l'exposition à l'amiante, la date de notification par un organisme social de la décision de prise en charge de la maladie en tant que maladie professionnelle, la date du premier certificat médical ou la date de l'offre du FIVA.

Elle est en outre de nature à préserver les intérêts des victimes, ce qui répond aux objectifs de la loi ayant mis en place le FIVA dans le but d'assurer une indemnisation totale des victimes de l'amiante. Enfin, elle s'inscrit dans le sillage des législations récentes (par exemple, article 2232 du code civil, article L. 1142-28 du code de la santé publique, article L. 211-9 du code des assurances) et de la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État qui retiennent la date de consolidation comme point de départ des délais de prescription relatifs à des dommages corporels (cf. notamment 2<sup>e</sup> Civ., 4 mai 2000, *Bull.* 2000, II, n° 75, pourvoi n° 97-21.731 ; 2<sup>e</sup> Civ., 11 juillet 2002, *Bull.* 2002, II, n° 177, pourvoi n° 01-02.182 ; 2<sup>e</sup> Civ., 19 février 2009, pourvoi n° 07-20.499 ; 1<sup>re</sup> Civ., 1<sup>er</sup> juin 1999, *Bull.* 1999, I, n° 178, pourvoi n° 97-14.327 ; 2<sup>e</sup> Civ., 26 octobre 2006, pourvoi n° 05-15.504 ; 2<sup>e</sup> Civ., 25 octobre 2001, *Bull.* 2001, II, n° 161, pourvoi n° 99-10.194 ; CE, 26 septembre 2008, n° 272690). Elle évite aussi de contraindre la victime, lorsque la consolidation tarde à intervenir, à agir avant de connaître l'ampleur réelle de son préjudice.

La formation pour avis a en outre envisagé le cas dans lequel le point de départ de la prescription interviendrait avant la date de promulgation de la loi ou celle de mise en place du barème indicatif d'indemnisation du FIVA, le 21 janvier 2003. En application de la règle « *contra non valentem agere non currit praescriptio*<sup>1</sup> », elle a précisé que la prescription n'avait pu commencer à courir avant que les victimes aient été en mesure d'exercer leur action, c'est-à-dire à tout le moins avant le 23 octobre 2001, date d'entrée en vigueur du décret d'application de la loi du 23 décembre 2000.

### 3) Les causes d'interruption de la prescription

La troisième question était formulée en ces termes : « une procédure en reconnaissance du caractère professionnel de la maladie et/ou en reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur a-t-elle un effet interruptif de la prescription en cours ? »

1. La prescription ne court pas contre celui qui se trouve dans l'impossibilité d'agir.

En instaurant le FIVA, le législateur a entendu garantir aux victimes de l'amiante une indemnisation intégrale de leur préjudice en créant une procédure autonome des actions en reconnaissance du caractère professionnel de la maladie et de la faute inexcusable de l'employeur. Les deux procédures sont donc indépendantes l'une de l'autre et ont même vocation, *in fine*, en cas d'obtention d'une réparation intégrale, à s'exclure.

La possibilité de saisir le FIVA ne dépendant pas de l'engagement ou du gain d'une autre action devant le TASS, il a été répondu par la formation pour avis que n'interrompt pas le délai de prescription l'action exercée par la victime d'une maladie liée à une exposition à l'amiante devant la juridiction de sécurité sociale tendant à la reconnaissance du caractère professionnel de la maladie et/ou à la déclaration de la faute inexcusable de l'employeur.

Ces avis ont été confirmés par trois arrêts de la deuxième chambre civile du 3 juin 2010 (*Bull.* 2010, II, n° 102, pourvoi n° 09-13.372; n° 103, pourvoi n° 09-13.373; n° 104, pourvoi n° 09-14.605) eux-mêmes publiés au *Rapport annuel* 2010 (cf. quatrième partie, p. 403).

Il convient enfin de préciser que l'article 92 de la loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011 modifie l'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 et prévoit une prescription de dix ans à compter du premier certificat médical avec réouverture des droits, ce qui rend à terme cette jurisprudence caduque.

## Les avis en matière pénale

### Droit pénal et procédure pénale

#### *Vol et infractions voisines*

Le tribunal correctionnel de Belfort a été saisi d'un litige concernant la soustraction frauduleuse de gasoil à une station-service.

Le prévenu plaidait la relaxe et, à titre subsidiaire, la requalification du délit de vol en filouterie.

Par jugement en date du 22 janvier 2010, le tribunal correctionnel de Belfort a saisi la Cour de cassation d'une demande d'avis portant sur le point de savoir si le fait de se servir en carburant puis de ne pouvoir payer à la caisse tombait sous le coup de la loi pénale, et si, dans l'affirmative, il s'agissait d'un vol, d'une filouterie ou d'une autre infraction pénale.

Cette question invitait la Cour de cassation à se prononcer sur l'application d'incriminations anciennes à une nouvelle situation de fait (l'installation de distributeurs de carburant en libre-service) résultant d'une innovation technologique. Dans les termes où elle lui était soumise, elle n'avait pas encore été formellement tranchée par la Cour de cassation.

Selon une jurisprudence constante depuis un arrêt de la chambre criminelle du 7 mars 1817, le vol suppose la soustraction frauduleuse d'une chose, de sorte que cette infraction n'est pas constituée lorsque le bien a été remis volontairement. C'est la raison pour laquelle a été introduite, en 1873, l'infraction de grivèlerie pour sanctionner les personnes qui se font servir au restaurant sans avoir l'intention de payer la note.

Le délit de filouterie de carburant et de lubrifiant a ensuite été introduit en droit français par la loi n° 66-381 du 16 juin 1996, codifiée à droit constant aux articles 381 puis 401 du code pénal ancien. Cette infraction a été insérée, légèrement modifiée, à l'article 313-5 3° du nouveau code pénal et est demeurée inchangée depuis cette date.

La jurisprudence a cependant admis la qualification de vol lorsque le bien est remis par son propriétaire à titre précaire jusqu'à ce que son possesseur s'acquitte de son prix. Ainsi, la remise de la marchandise aux prétendus acheteurs ne confère à ces derniers, jusqu'au paiement du prix, qu'une détention purement matérielle, le vendeur conservant jusqu'à ce moment la propriété et même la possession desdits objets. Comme le soulignait Émile Garçon, la soustraction est le fait pour l'agent de convertir la détention précaire qu'il a sur un bien en une véritable possession qu'il usurpe.

C'est cette conception juridique de la soustraction qui fonde la jurisprudence de la chambre criminelle relative aux vols commis dans les magasins en libre-service où les biens sont laissés à la disposition des clients jusqu'au passage en caisse : la remise du bien que permet la libre accessibilité aux rayons en transfère aux clients la détention précaire jusqu'au paiement du prix.

Par voie de conséquence, est à bon droit déclaré coupable de vol celui qui, après avoir fait choix dans les rayons d'un magasin dit de libre-service de diverses marchandises qu'il a placées dans un chariot à ce destiné, quitte les lieux en les emportant en s'abstenant volontairement de les payer (Crim., 10 février 1977, *Bull. crim.* 1977, n° 57, pourvoi n° 76-91.369).

C'est dans ces conditions que, dans son avis émis le 4 mai 2010 (Avis de la Cour de cassation, 4 mai 2010, *Bull.* 2010, Avis, n° 2, demande n° 10-00.001), la Cour de cassation, rejoignant en cela la doctrine pénaliste qui s'était exprimée sur la question (M.-L. Rassat, M. Véron, J. Pradel, A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon), a estimé que la question qui lui était posée par le tribunal correctionnel de Belfort ne présentait pas de difficulté sérieuse, dès lors qu'il n'est guère discutable que la mise à disposition de clients de distributeurs de carburant en libre-service ne s'accompagne pas d'une remise en possession de ce carburant mais d'une détention précaire, jusqu'au paiement du prix à la caisse. Cette remise volontaire, sous condition de paiement, par le gestionnaire ou le propriétaire de la station service, est semblable à celle opérée par les gérants des magasins en libre-service.

La précision des termes utilisés par l'article 313-5 du code pénal (« de se faire servir » – « dont elle fait remplir ») interdit d'ailleurs d'assimiler le fait de se faire servir à la situation de se servir soi-même.

#### *Récidive*

La Cour de cassation a été saisie d'une demande d'avis formée par la cour d'appel d'Orléans qui souhaitait savoir si une amende de composition pénale exécutée pouvait constituer un premier terme de récidive au sens de l'article 132-10 du code pénal.

Selon cet article, « lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un délit, commet, dans le délai de cinq ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, soit le même délit, soit un délit qui lui est assimilé au regard des règles de la récidive, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé ».

La composition pénale, dont le régime est principalement fixé aux articles 41-2 et 41-3 du code de procédure pénale, constitue une mesure alternative aux poursuites à la disposition du procureur de la République qui conduit l'auteur de faits pénalement répréhensibles, sur proposition du procureur acceptée par lui et validée par un juge, à exécuter des mesures ayant le caractère d'une sanction, leur exécution entraînant l'extinction de l'action publique.

La question posée par la cour d'appel d'Orléans revenait en substance à s'interroger sur la possible assimilation de l'exécution d'une composition pénale à une condamnation. Or les textes, qu'il s'agisse du code pénal ou du code de procédure pénale, ne répondent pas à cette question.

Conformément au principe de légalité, la formation pour avis a estimé (Avis de la Cour de cassation, 18 janvier 2010, *Bull.* 2010, Avis, n° 1, demande n° 09-00.005) que, dans le silence du législateur, une amende de composition pénale exécutée ne pouvait pas constituer le premier terme d'une récidive, au sens de l'article 132-10 du code pénal, partageant ainsi l'avis unanime de la doctrine qui considère que le premier terme de la récidive ne peut que consister en une condamnation pénale définitive, existante, prononcée par une juridiction française ou d'un État membre de l'Union européenne.

L'intervention d'un juge pour valider la mesure de composition pénale ne permet donc pas, en soi, d'assimiler l'ordonnance de validation à un jugement de condamnation dans la mesure où cette décision, qui n'est pas motivée et n'est susceptible d'aucune voie de recours, n'a pas les effets d'un jugement passé en force de chose jugée.

En particulier, les mesures de composition pénale ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution forcée.

D'ailleurs, au cours des travaux parlementaires, la mention selon laquelle l'inscription des compositions pénales exécutées au bulletin du casier judiciaire de l'intéressé était « sans incidence sur l'application des règles de la récidive » a été supprimée au motif que cette précision s'avérait inutile, « dès lors que la notion de récidive implique une condamnation pénale définitive, ce que n'est en aucun cas la composition pénale ».



6

**Service de  
documentation,  
des études et  
du rapport de  
la Cour de cassation**





**TAUX DE PUBLICATION DE 2001 à 2010 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						
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%
2010	2044	272	13%	3078	224	7%	1982	230	12%	1975	232	12%	3198	315	10%	7470	258	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.

A partir de 2010, le total comprend les décisions sur les questions prioritaires de constitutionnalité.

## **ACTIVITÉ 2010 DU SERVICE DE DOCUMENTATION, DES ÉTUDES ET DU RAPPORT**

Le service de documentation, des études et du rapport a, en 2010, poursuivi l'accomplissement de ses missions essentielles, l'aide à la décision et la diffusion du droit.

Dans le domaine de l'aide à la décision, l'effort du service a porté sur le développement et l'amélioration des outils documentaires.

Avec l'appui technique du bureau des technologies de l'information, une veille informatisée pour chacune des chambres de la Cour a été créée. Ces veilles comportent une sélection de commentaires de doctrine classés par matière juridique. Elles sont en ligne sur le « bureau virtuel » des magistrats. Un moteur de recherche y est associé et permet de collecter l'ensemble des commentaires pour un arrêt. La dématérialisation des veilles documentaires a, en outre, permis de rationaliser les modalités de réalisation des veilles au sein des bureaux du contentieux des chambres.

La veille du bureau de l'observatoire du droit européen a également évolué. Désormais dématérialisée elle aussi, elle comporte des résumés d'arrêts, des articles de doctrine et les actualités législatives de l'Union européenne, les recommandations et travaux du Conseil de l'Europe, enfin l'actualité de la coopération judiciaire dans l'Union européenne en matière civile et pénale. Deux dossiers thématiques ont été diffusés dans le cadre de cette veille : « La garde à vue et le rôle de l'avocat » et « La charte des droits fondamentaux ».

En outre, à la demande des juges du fond, sont diffusés sur le site intranet des résumés des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne dans les domaines « Espace de liberté, sécurité, justice » ou « Coopération policière et judiciaire en matière pénale ».

Dès qu'intervient un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme concernant la France et/ou un arrêt de cette même Cour ayant une certaine portée en droit interne, le bureau du droit européen adresse, par courriel, aux magistrats de la Cour, un résumé de l'arrêt et l'analyse de sa portée jurisprudentielle.

Le nombre de demandes de recherches en matière de droit européen – 83 – continue de croître d'année en année.

Créé en 2009 pour accompagner la mise en œuvre de la procédure nouvelle des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), le bureau du droit constitutionnel diffuse, aux magistrats de la Cour, une veille mensuelle dédiée à la QPC comportant une sélection de commentaires doctrinaux.

Par ailleurs, l'activité de ce bureau, liée au développement du contentieux de la constitutionnalité a été soutenue. Ainsi, 144 notes d'analyse des questions prioritaires de constitutionnalités et d'articles de doctrine ainsi que 9 notes de synthèse relatives à l'évolution

technique et juridique de ce contentieux ont été rédigées pour les magistrats de la Cour et pour les juges du fond.

Ces derniers ont assez largement fait appel au bureau (180 saisines), de nombreuses consultations téléphoniques ont été données, fréquemment complétées de courriels accompagnés d'un dossier documentaire.

Le service a été saisi, tous bureaux confondus, de 590 demandes de recherches. Il importe de préciser que les dossiers documentaires adressés aux magistrats de la Cour et aux juges du fond comportent en outre, le plus souvent, une note de synthèse.

Les bureaux des contentieux des chambres ont établi pour les magistrats des juridictions du fond, des fiches techniques, validées par les chambres concernées et mises en ligne sur le site intranet de la Cour. Elles portent plus précisément sur « Les différents régimes de responsabilité des constructeurs », « La protection de l'acquéreur d'un bien dans le droit interne de la vente », « Le droit international privé dans le contentieux familial », « La méthodologie de la liquidation et du partage d'un régime matrimonial après divorce ». Concernant notamment le traitement de contentieux techniques, elles constituent pour le travail juridictionnel une base solide et actualisée du droit positif et de la jurisprudence.

Instrument indispensable à la diffusion du droit, le site internet de la Cour a reçu en 2010 plus de huit millions de visites. La rubrique jurisprudence demeure la plus visitée. Le bulletin numérique des arrêts publiés des chambres est en tête des publications consultées. Quant au *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, il compte plus de 39 000 abonnés.

Le site internet évoluera en 2011, pour améliorer l'accès aux arrêts et aux publications, une réorganisation de ses contenus étant en cours.

Pour l'indexation dans les bases de jurisprudence et l'enrichissement des arrêts publiés aux bulletins civil et criminel, 1 531 titrages ont été effectués par les bureaux des contentieux des chambres. Celui du contentieux de la chambre sociale a, en outre, rédigé 290 commentaires portant sur les arrêts publiés en droit du travail et en droit social. Ces commentaires sont publiés à la revue mensuelle du droit du travail, accessible sur le site internet de la Cour ([http : //www.courdecassation.fr/publications\\_cour\\_26/bulletin\\_droit\\_travail\\_2230/](http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_droit_travail_2230/)).

Dans la perspective d'améliorer la diffusion de la jurisprudence des cours d'appel, il a été décidé par le SDER et par ses correspondants dans les cours d'appel de simplifier les modalités de la sélection des arrêts. La rédaction d'un sommaire, tributaire de ressources humaines parfois manquantes, devient facultative. Cette décision devrait avoir pour effet d'augmenter le nombre de décisions ayant un réel intérêt jurisprudentiel qui sont ensuite diffusées sur Légifrance et Jurinet.

Jurica, la base de jurisprudence des cours d'appel, contient, trois ans après sa création, plus de 600 000 décisions civiles, dont il convient de relever que les transmissions ont augmenté de 36 % en 2010. Jurica est désormais un outil d'aide à la décision pour le travail quotidien des juges du fond. Y sont notamment recherchés, la jurisprudence des différentes chambres des cours d'appel, des décisions « rares », des arrêts appliquant des textes nouveaux, ainsi que les arrêts prononcés sur appel des décisions des juridictions du premier degré.

## CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

De nouveaux partenariats d'exploitation de la base Jurica ont été conclus avec les universités : ainsi avec l'école du droit de Sciences po Paris, pour des études portant sur « La mise en œuvre du droit de l'environnement – nomenclature des préjudices environnementaux » ; avec l'Institut national de la recherche agronomique, pour une étude sur le traitement des contentieux des baux ruraux et environnementaux par les juridictions du fond ; avec l'Institut du droit de la santé de l'université de Paris Descartes pour une étude portant sur l'évolution du contentieux de la responsabilité des professionnels de santé.

Au titre de la formation continue déconcentrée, enfin, le service, qui participe par ailleurs à la formation des magistrats de la Cour à la recherche documentaire, a dispensé dans six cours d'appel des formations relatives à l'utilisation des bases de jurisprudence et des outils d'aide à la décision en ligne sur les sites de la Cour. Destinées aux juges du fond, aux juges de proximité et aux juges consulaires, les sessions de formation à l'utilisation des outils de recherche juridiques dans le cadre de la formation continue de l'ENM ont été reconduites.

7

# **Bureau d'aide juridictionnelle**



## A - ÉVOLUTION DE L'ACTIVITÉ DU BUREAU D'AIDE JURIDICTIONNELLE DE 2001 à 2010

Années	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Affaires restant à examiner au 01/01	4 746	3 933	1 907	1 446	2 362	2 763	2 436	2 467	2 901	2 989
Affaires reçues	10 130	10 125	9 478	10 056	10 698	10 829	10 315	9 170	9 677	9 414*
Décisions intervenues dans l'année	10 417	12 151	9 939**	9 140**	10 297**	11 156**	10 284**	8 736**	9 589**	9 125**
Suppléments d'information	507	297	223	151	128	115	103	139	91	106
Affaires restant à examiner au 31/12	3 933	1 907	1 446	2 362	2 763	2 436	2 467	2 901	2 989	3 278

\*dont requêtes diverses (contestations, retraites, rétroactivités) : 19 et retours après admission du recours : 51

\*\*ce total ne comporte plus les décisions de supplément d'information : 106 en 2010

## B - DECISIONS INTERVENUES DANS L'ANNEE

Années	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Rejets	4 337	5 808	4 150	3 494	3 666	4 028	3 728	3 708	4 320	3 527
Admissions	2 451	2 385	1 936	1 879	2 171	2 471	2 343	2 104	2 247	2 283
Irrecevabilité et caducité	3 629	3 958	3 853	3 767	4 460	4 657	4 213	2 924	3 022	3 315
Total	10 417	12 151	9 939	9 140	10 297	11 156	10 284	8 736	9 589	9 125

## AIDE JURIDICTIONNELLE 2010

Le **nombre des demandes** d'aide juridictionnelle a baissé par rapport à l'année 2009, mais augmenté par rapport à l'année 2008, sans toutefois retrouver les niveaux des années 1997-2007, au cours desquelles le chiffre de 10 000 était dépassé.

Cette baisse a été la plus sensible en matière prud'homale (près de 10 %), également en matière de sécurité sociale (6,7 %), une relative stabilité étant observée dans le contentieux civil et surtout dans le domaine pénal.

À un nombre de saisines moindre a naturellement correspondu un **nombre de décisions** moins important.

Parmi ces décisions, les **caducités** pour défaut de production de pièces dans les délais, dont le régime a été instauré par un décret n° 2007-1142 du 26 juillet 2007 dont l'application semble maintenant avoir trouvé son rythme de croisière, a fortement baissé : 1 252 au lieu de 1 961. Le nombre de nouvelles demandes après décision de caducité a été faible, soit 59, ce qui montre que la réforme de 2007 a atteint son but, au moins à la Cour de cassation.

Sur les 1 796 **recours** adressés au premier président, 146 ont été admis, dont 76 sur le critère du moyen sérieux et 70 sur celui des ressources.

Il a été observé que, dans les chambres autres que la chambre criminelle, le **taux de cassation** a été de 50 % lorsque le demandeur au pourvoi avait bénéficié de l'aide juridictionnelle, alors qu'il n'a été que de 23 % pour l'ensemble des pourvois traités par ces chambres. Une telle comparaison serait sans grand intérêt pour les pourvois portés devant la chambre criminelle, car, en matière pénale, l'aide juridictionnelle est accordée de plein droit, sans recherche d'un moyen sérieux de cassation, dans un grand nombre de cas : contentieux de la détention, renvoi aux assises, lourdes peines, mandat d'arrêt européen.

Sur le plan réglementaire, le **décret** n° 2010-764 du 7 juillet 2010 a simplifié le régime des vacations des membres honoraires du bureau d'aide juridictionnelle.

La principale nouveauté de l'année écoulée a été l'incidence, sur le fonctionnement de l'aide juridictionnelle à la Cour de cassation, de la **question prioritaire de constitutionnalité** (QPC) issue de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 (loi constitutionnelle n° 2008-724 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République) et de ses textes d'application.

Quatre cas de figure ont été répertoriés :

1) Le juge du fond transmet une QPC à la Cour de cassation. Si le demandeur a obtenu l'aide juridictionnelle d'un bureau établi près d'un tribunal de grande instance, c'est ce bureau qui doit demander au président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation de désigner un avocat, en application du principe de continuité de l'aide. Si le requérant n'a ni sollicité ni obtenu l'aide juridictionnelle d'un bureau local, il ne peut la demander au bureau établi près la Cour de cassation spécifiquement pour l'instance de



constitutionnalité devant cette Cour, puisque aucune aide particulière n'est prévue pour cette instance. Seule la demande d'aide en vue de former un pourvoi pourra être prise en compte.

2) Le juge du fond refuse de transmettre la QPC à la Cour de cassation. En ce cas, le recours ne peut être fait, par un mémoire spécial, qu'à l'occasion d'un pourvoi contre la décision refusant de transmettre la QPC. Le bureau établi près la Cour de cassation doit alors examiner le motif du refus de transmission, étant observé que ce refus peut constituer, par lui-même, un motif de cassation (violation de l'article 23-2 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009).

3) La QPC est posée pour la première fois devant la Cour de cassation dans un mémoire spécial accompagnant le mémoire ampliatif. Dans cette hypothèse, aucun texte ne prévoit une aide spécifique pour l'instance de QPC devant la Cour de cassation. Le bureau d'aide juridictionnelle établi près cette Cour ne peut se prononcer que sur l'éventuel moyen sérieux de cassation de la décision critiquée.

4) Pour le défendeur à l'instance de QPC devant la Cour de cassation, un avocat doit être désigné directement par le président de l'ordre des avocats aux Conseils dès lors que le bureau a vérifié que les ressources étaient inférieures aux plafonds légaux.

En 2010, le bureau a été saisi de 20 demandes, 11 en matière pénale et 9 en matière civile. Une seule a été admise, pour un défendeur à l'instance de QPC, les autres ayant été jugées irrecevables au regard des normes ci-dessus rappelées.





8

**Commission  
nationale  
de réparation  
des détentions**



**COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS  
STATISTIQUES - ANNÉE 2010**

Cours d'appel - Tribunal Supérieur d'appel	Nb de recours enregistrés	Nb de décisions	Sens de la décision				
			Rejet	Réformation		Irrecevabilité	Autres*
				partielle	totale		
AGEN							
AIX EN PROVENCE	6	11	3	6	2		
AMIENS	8	6	2	3			1
ANGERS		1				1	
BASSE-TERRE	1	1	1				
BASTIA	3						
BESANCON							
BORDEAUX		5	1	3	1		
BOURGES							
CAEN							
CHAMBERY	3	3		1	2		
COLMAR	3	3	1	1			1
DIJON	3	2	2				
DOUAI	6	7	3	1	1	1	1
FORT-DE-FRANCE-	2	1	1				
GRENOBLE	2						
LIMOGES							
LYON	1	1				1	
MAMOUDZOU							
METZ							
MONTPELLIER		1	1				
NANCY		2			2		
NIMES	1						
NOUMEA	2						
ORLÉANS	4						
PAPEETE							
PARIS	20	15	5	5	3		2
PAU		2		1	1		
POITIERS							
REIMS	5	2	2				
RENNES	1	2	1		1		
RIOM							
ROUEN	1						
ST DENIS DE LA	1	4	1	1	2		
REJINION							
TOULOUSE	13	7	2	3	2		
VERSAILLES	4	3	1		2		
COUR DE CASSATION							
<b>TOTAL</b>	<b>90</b>	<b>79</b>	<b>27</b> (34%)	<b>25</b> (32%)	<b>19</b> (24%)	<b>3</b> (4%)	<b>5</b> (6%)

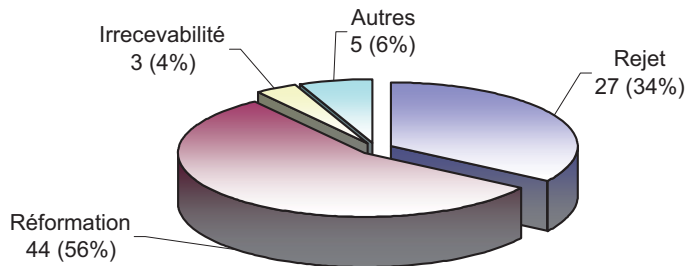
\* 3 désistements, 1 QPC, 1 extinction de l'instance.

CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

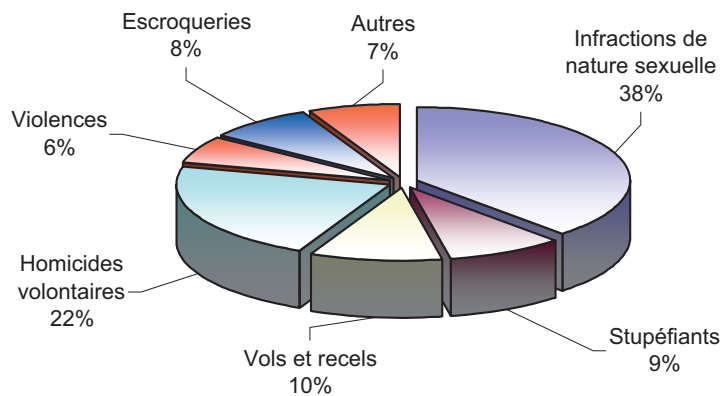
**Commission nationale de réparation des détentions  
de 2002 à 2010**



**Répartition des décisions par catégorie - année 2010**



**Répartition des requêtes par infraction poursuivie - année 2010**



## **ACTIVITÉ 2010 DE LA COMMISSION NATIONALE DE RÉPARATION DES DÉTENTIONS**

### **I – ÉTUDE STATISTIQUE DES RECOURS ET DES DÉCISIONS**

La commission a enregistré 90 recours en 2010, soit une augmentation sensible par rapport à l'année 2009, où 75 recours avaient été formés.

La proportion des recours exercés contre les décisions des premiers présidents est de 15,3 %, étant relevé que le nombre de ces décisions s'est élevé à 585 en 2009.

45 % des recours ont porté sur les décisions de trois premiers présidents (soit, par ordre décroissant, Paris, Toulouse et Amiens).

79 décisions ont été prononcées en 2010, contre 80 en 2009 (4 étaient en cours de délibéré au 31 décembre 2010 pour être prononcées au 17 janvier 2011) et 12 d'entre elles ont été publiées.

L'examen statistique des recours et des décisions fait apparaître une certaine stabilité par rapport à l'année précédente.

La majorité des appels a été formée par les demandeurs (79 % contre 66 % en 2009), l'agent judiciaire du Trésor ayant exercé un recours, seul ou conjointement, dans 21 % des affaires (33 % en 2009).

Aucun recours n'a été introduit par un procureur général.

Il a été recouru à la visioconférence lors de l'examen d'une affaire, pour permettre l'audition d'un demandeur incarcéré, et ce, dans les conditions désormais permises par la loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, laquelle a modifié l'article 706-71 du code de procédure pénale.

Les décisions prononcées sur le fond ont concerné 72 hommes, dont deux mineurs, et 7 femmes (75 hommes dont un mineur et 5 femmes en 2009), la moyenne d'âge des demandeurs étant de 36 ans au moment de leur incarcération (35 ans en 2009).

La durée moyenne des détentions indemnisées a été de 302 jours (297 jours en 2009). La plus courte a été d'une durée de trois jours et la plus longue de 1704 jours.

Le placement sous écrou a été motivé, dans 66 % des cas, par des crimes ou des délits contre les personnes (infractions de nature sexuelle, violences et homicides volontaires) (51 % en 2009) et, à hauteur de 18 %, par des infractions contre les biens (vols, recels, escroqueries, abus de biens sociaux) (31 % en 2009), étant noté que la proportion des infractions à la législation sur les stupéfiants est de 9 % (8 % en 2009).

La moyenne des indemnités allouées a été, pour le préjudice matériel, de 10632 euros (3471 euros en 2009; 7309 euros en 2008), soit un total de 839893 euros (contre 277720 euros

## CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

en 2009 et 402 029 euros en 2008), tandis que la moyenne de celles octroyées au titre du préjudice moral a été de 19 368 euros (15 940 euros en 2009 et 24 588 euros en 2008), soit un total de 1 530 130 euros (1 275 230 euros en 2009 et 1 352 364 euros en 2008).

La somme globale des indemnités allouées au titre des préjudices matériel et moral s'est donc élevée à 2 370 023 euros (1 552 950 euros en 2009 et 1 754 393 euros en 2008)<sup>1</sup>.

Cette augmentation doit être relativisée. En effet, la commission a eu à connaître dans le courant de l'année 2010 deux dossiers singuliers dans lesquels ont été alloués respectivement 114 000 euros et 428 238 euros au titre du préjudice matériel, soit 64 % du total des indemnités allouées à ce titre pour l'année 2010.

La part des rejets est passée de 24 % à 34 % en un an et, corrélativement, celle des réformations a baissé, passant de 59 % à 56 %.

4 % des recours ont été déclarés irrecevables, contre 10 % 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 7,53 mois (7,23 mois l'année dernière), étant observé que deux dossiers, dans lesquels avaient été ordonnées des expertises, ont été traités dans des délais atypiques.

Au 31 décembre 2010, 22 dossiers étaient en cours d'instruction.

## 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 2010 a néanmoins permis à la commission de préciser un certain nombre de points et de connaître, pour la première fois, d'une question prioritaire de constitutionnalité.

### A – La procédure de réparation devant le premier président

Selon l'article 149-2 du code de procédure pénale, le premier président de la cour d'appel est saisi de la requête en réparation dans le délai de six mois de la décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement devenue définitive.

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.



Par application des dispositions combinées des articles 149-4 et R. 26 du code de procédure pénale, et 668 du code de procédure civile, la recevabilité de la requête adressée au greffe de la cour d'appel par lettre recommandée avec demande d'avis de réception doit s'apprécier au regard de la date d'expédition de ladite lettre<sup>2</sup>.

Par ailleurs, la décision du premier président de la cour d'appel accordant une réparation est assortie de plein droit de l'exécution provisoire, par application des dispositions de l'article R. 40 du code de procédure pénale. Ainsi, son exécution ne vaut pas acquiescement et ne prive pas l'agent judiciaire du Trésor du droit de former un recours<sup>3</sup>.

## **B – Le recours devant la Commission nationale de réparation des détentions**

C'est à compter de la date de notification à la partie elle-même que le délai de recours commence à courir, quelle que soit la date à laquelle la décision a été notifiée, le cas échéant, à l'avocat de celle-ci<sup>4</sup>. En effet, selon les articles 149-3 et R. 38 du code de procédure pénale, la décision du premier président est notifiée au demandeur et à l'agent judiciaire du Trésor par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Dès lors qu'aucun texte n'impose, dans cette procédure où la représentation n'est pas obligatoire, la notification de la décision à l'avocat du requérant, cette notification, lorsqu'elle a lieu, ne peut constituer le point de départ du délai de recours ouvert au demandeur.

L'article R. 40-4 du code de procédure pénale n'exige pas que l'avocat, ou l'avoué déclarant exercer un recours, justifie par un pouvoir spécial qu'il est habilité à représenter le requérant<sup>5</sup>.

Par ailleurs, la commission a eu à connaître pour la première fois d'une question prioritaire de constitutionnalité, dans une décision du 20 décembre 2010<sup>6</sup>.

Elle s'est interrogée, d'abord, sur le point de savoir si une telle question était recevable devant elle. Elle a répondu à cette interrogation par l'affirmative en énonçant que, statuant en tant que juridiction civile selon l'article 149-4 du code de procédure pénale, elle est une juridiction relevant de la Cour de cassation au sens de l'article 23-1 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009. Elle a donc estimé que, bien que commission placée auprès de la Cour de cassation et statuant sans recours, elle ne pouvait être assimilée à ladite Cour, contrairement aux prétentions du demandeur selon lesquelles la question devait être transmise directement au Conseil constitutionnel.

Au fond, la question de constitutionnalité soutenait que les dispositions de l'article 149 du code de procédure pénale contreviennent au droit à la réparation tel qu'il résulte de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, en ce qu'elles

2. Com. nat. de réparation des détentions, 20 septembre 2010, *Bull. crim.* 2010, CNRD, n° 9, 09 CRD 073.

3. Com. nat. de réparation des détentions, 14 juin 2010, *Bull. crim.* 2010, CNRD, n° 6, 09 CRD 065.

4. Com. nat. de réparation des détentions, 18 janvier 2010, *Bull. crim.* 2010, CNRD, n° 1, 09 CRD 045.

5. Com. nat. de réparation des détentions, 12 avril 2010, *Bull. crim.* 2010, CNRD, n° 4, 09 CRD 071.

6. Com. nat. de réparation des détentions, 20 décembre 2010, 00 CRD 047, en cours de publication.

limitent ce droit aux personnes ayant bénéficié d'un non-lieu, d'une relaxe ou d'un acquittement et méconnaissent l'exigence constitutionnelle de proportionnalité des peines tirée de l'article 9 du même texte, en ce qu'elles écartent le cas des personnes condamnées en définitive à une faible peine révélant le caractère injustifié de l'emprisonnement préalablement subi. En l'espèce, la requérante, qui avait effectué deux jours de détention provisoire dans le cadre d'une procédure de comparution immédiate, n'avait finalement été condamnée qu'à une peine d'amende. Le premier président avait déclaré sa requête en réparation irrecevable en raison de la condamnation intervenue. La commission a estimé que cette question était dépourvue de caractère sérieux et a dit n'y avoir lieu à la transmettre à la Cour de cassation. En effet, l'article 149 du code précité instaure un régime spécifique d'indemnisation, sans faute, qui n'est pas exclusif du droit de rechercher la responsabilité de l'État du fait du fonctionnement defectueux du service de la justice, en application des dispositions de l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire. Un tel régime d'indemnisation automatique, plus favorable, ne saurait ainsi méconnaître le droit à la réparation. Enfin, les griefs pris de la méconnaissance de l'article 9 de ladite Déclaration tendaient en réalité à contester les dispositions législatives relatives à la détention provisoire, non le droit à indemnisation consacré par l'article 149 du code de procédure pénale.

## C – Le droit à réparation

Plusieurs décisions sont venues préciser la portée des cas d'exclusion du droit à réparation prévus par le législateur.

Ainsi, selon l'article 149 du code de procédure pénale, aucune réparation n'est due à une personne qui a fait l'objet d'une détention provisoire pour s'être librement et volontairement accusée ou laissée accuser à tort en vue de faire échapper l'auteur des faits aux poursuites.

Doit être en conséquence réformée la décision du premier président qui a déclaré une requête en réparation irrecevable pour ce motif, alors, d'une part, que les aveux de la personne concernée étaient intervenus deux mois et demi après son placement en détention et avaient été maintenus pendant un temps très bref, et que, d'autre part, selon l'ordonnance de mise en accusation, le mis en examen avait expliqué ses aveux mensongers par l'effet d'un traitement médicamenteux ainsi que les conseils de son avocate<sup>7</sup>.

Par ailleurs, si depuis la loi du 9 mars 2004, aucune réparation n'est due lorsque la personne était dans le même temps détenue pour autre cause, l'article 149 du code de procédure pénale ne distingue pas selon que l'infraction a été commise en dehors de la période de détention provisoire considérée ou durant celle-ci.

C'est dès lors à bon droit que le premier président, pour calculer la période indemnifiable, a déduit la durée de la peine d'emprisonnement subie en exécution d'une condamnation prononcée pour une infraction commise durant la détention<sup>8</sup>.

7. Com. nat. de réparation des détentions, 18 octobre 2010, *Bull. crim.* 2010, CNRD, n° 10, 10 CRD 016.

8. Com. nat. de réparation des détentions, 20 septembre 2010, *Bull. crim.* 2010, CNRD, n° 8, 09 CRD 069.

Et est détenu pour autre cause au sens de ce même texte un individu qui, dans le même temps que la détention provisoire, exécute une peine d'emprisonnement sous le régime du placement sous surveillance électronique<sup>9</sup>.

## D – L'étendue de la réparation

La jurisprudence avait pu apparaître fixée en ce sens que serait exigé un lien de causalité exclusif entre la détention et le préjudice. Ainsi, une décision du 21 octobre 2005<sup>10</sup> avait-elle énoncé que, dès lors que la détention est la cause exclusive et directe de la perte de son emploi par le requérant, licencié pour un abandon de poste dû à son incarcération, la réparation du préjudice matériel doit prendre en compte les pertes de salaire subies pendant la durée d'emprisonnement et, après la libération, pendant la période nécessaire à la recherche d'un emploi. Selon la seconde décision du même jour<sup>11</sup>, le préjudice matériel du requérant consistant en la perte de son fonds de commerce ne peut être indemnisé dès lors que la défaillance professionnelle à l'origine de la vente de ce fonds ne résulte pas d'un état pathologique imputable de façon certaine et exclusive à la détention.

Cette notion de cause directe et exclusive entre la détention et le préjudice avait été utilisée par la commission, dans d'autres décisions, pour limiter ou exclure tant l'indemnisation du préjudice matériel que celle du préjudice moral<sup>12</sup>.

Une décision publiée du 18 décembre 2006<sup>13</sup> n'avait cependant pas exigé un lien de causalité exclusif, en recourant à la notion de cause première et déterminante : le préjudice résultant de la perte de l'emploi doit être réparé dès lors qu'il apparaît que le demandeur a été arrêté sur son lieu de travail la veille de son incarcération et qu'il a été licencié pour abandon de poste, ce dont il résulte que la détention est la cause première et déterminante de la rupture du contrat de travail.

Parallèlement, certaines décisions relevaient, seulement, l'existence d'un lien direct entre la détention et le préjudice<sup>14</sup>, ou d'un lien de causalité direct et certain<sup>15</sup>.

On remarquera que l'article 149 du code de procédure pénale évoque un préjudice causé par la détention, sans autre précision.

9. Com. nat. de réparation des détentions, 20 septembre 2010, *Bull. crim.* 2010, CNRD, n° 7, 09 CRD 070.

10. Com. nat. de réparation des détentions, 21 octobre 2005, *Bull. crim.* 2005, CNRD, n° 9, 05 CRD 005.

11. Com. nat. de réparation des détentions, 21 octobre 2005, *Bull. crim.* 2005, CNRD, n° 7, 04 CRD 010.

12. Cf., à titre d'exemple, pour une atteinte à la réputation : Com. nat. de réparation des détentions, 25 février 2008, 07 CRD 076 ; pour des troubles psychologiques : Com. nat. de réparation des détentions, 10 décembre 2007, 07 CRD 054 et Com. nat. de réparation des détentions, 10 mai 2004, 03 CRD 059.

13. Com. nat. de réparation des détentions, 18 décembre 2006, *Bull. crim.* 2006, CNRD, n° 15, 06 CRD 045.

14. Cf. par exemple, Com. nat. de réparation des détentions, 23 octobre 2006, 06 CRD 022.

15. Com. nat. de réparation des détentions, 18 janvier 2010, 09 CRD 047.

En droit commun de la responsabilité, est exigé un lien de causalité direct et certain<sup>16</sup>. C'est ainsi que, dans une décision du 15 mars 2010, publiée<sup>17</sup>, par laquelle a été allouée au titre du préjudice économique une somme importante à un ex-dirigeant d'entreprise (en l'occurrence, 428 000 euros), a été jugé établie l'existence d'un lien de causalité entre la détention et la cessation de l'activité de l'entreprise que dirigeait le requérant, dès lors que l'incarcération de celui-ci a provoqué le retrait immédiat du principal client et des concours bancaires de la société et qu'ainsi, la détention a constitué la cause première et déterminante de cette cessation. En l'état néanmoins des faiblesses structurelles et conjoncturelles de ladite société à la veille de l'incarcération de son dirigeant, le préjudice du requérant réside dans la perte d'une chance de poursuivre l'activité de la société ou de procéder à la cession de ses parts à un moment favorable. Ainsi, a été indemnisé le préjudice résultant de la cessation d'activité de l'entreprise, laquelle n'était pas due exclusivement à l'incarcération de son dirigeant, mais sur la base d'une perte de chance.

S'agissant du préjudice moral, la commission a été amenée à préciser que doit être pris en considération pour l'évaluation du préjudice moral causé par la détention provisoire, l'accroissement du choc psychologique enduré par l'intéressé en raison de sa réincarcération<sup>18</sup>.

S'agissant des frais de défense, 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 fin<sup>19</sup>. 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 défense<sup>20</sup>.

Mais, par une décision du 18 octobre 2010<sup>21</sup>, il a été jugé que le contentieux du paiement des honoraires ne rentre pas dans la compétence du juge de la réparation, au titre de l'article 149 du code de procédure pénale. Dès lors, il n'y a pas lieu d'exiger du demandeur un justificatif du paiement des honoraires de défense afférents à la détention provisoire.

Enfin, s'agissant de la période de détention réparable en cas d'arrestation à l'étranger, la commission a énoncé le 15 février 2010<sup>22</sup> que la période de détention accomplie à l'étranger et liée à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen délivré dans le cadre de la procédure ayant donné lieu à une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement, doit être prise en compte pour l'indemnisation du préjudice causé par la privation de liberté. Elle a ainsi fait application d'un principe, dégagé dans un arrêt du 20 février 2006<sup>23</sup> à propos de l'extradition, selon lequel la période de détention liée à la procédure d'extradition doit être prise en compte pour l'indemnisation du préjudice causé par la privation de liberté.

16. Cf., par exemple, 1<sup>re</sup> Civ., 24 janvier 2006, *Bull.* 2006, I, n° 34, pourvoi n° 03-20.178.

17. Com. nat. de réparation des détentions, 15 mars 2010, *Bull. crim.* 2010, CNRD, n° 3, 07 CRD 092.

18. Com. nat. de réparation des détentions, 14 juin 2010, *Bull. crim.* 2010, CNRD, n° 5, 00 CRD 012.

19. Com. nat. de réparation des détentions, 21 janvier 2008, 07 CRD 048; Com. nat. de réparation des détentions, 21 janvier 2008, 07 CRD 049.

20. Com. nat. de réparation des détentions, 21 janvier 2008, 07 CRD 062.

21. Com. nat. de réparation des détentions, 18 octobre 2010, *Bull. crim.* 2010, CNRD, n° 11, 10 CRD 019.

22. Com. nat. de réparation des détentions, 15 février 2010, *Bull. crim.* 2010, CNRD, n° 2, 09 CRD 046.

23. Com. nat. de réparation des détentions, 20 février 2006, *Bull. crim.* 2006, CNRD, n° 3, 05 CRD 046.

9

# **Commission de révision des condamnations pénales**



Commission de révision des condamnations pénales

**COMMISSION DE RÉVISION**

Années	Nombre de requêtes reçues	DECISIONS RENDUES						Reste
		Irrecevabilité	Désistement	Divers	Rejet	Saisine	Total	
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
2010	133	74	2		29	4	109	117

**CHAMBRE CRIMINELLE STATUANT COMME COUR DE RÉVISION**

Année	Saisine		Annulation		Rejet	
	COR	CRIM	COR	CRIM	COR	CRIM
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	
2010	3	1	1	2		

## ACTIVITÉ 2010 DE LA COMMISSION DE RÉVISION

La révision des condamnations pénales est une voie de recours exceptionnelle instituée pour concilier le respect de l'autorité de la chose jugée et la nécessité de réparer les erreurs judiciaires. La procédure existait déjà dans le code d'instruction criminelle. Faut-il rappeler le rôle de la Cour de cassation dans la révision de la condamnation d'Alfred Dreyfus ? Elle est prévue aujourd'hui par les articles 622 à 626 du code de procédure pénale. Ces articles ont été modifiés à plusieurs reprises et spécialement par la loi n° 89-431, du 23 juin 1989, qui a substitué au garde des sceaux, jusque-là chargé de filtrer les requêtes, une commission composée de magistrats de la Cour de cassation. Ceux-ci sont au nombre de dix, cinq membres titulaires et cinq membres suppléants, tous désignés par l'assemblée générale de la Cour.

Ces magistrats assument 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, qui doit être choisi parmi les magistrats de la chambre criminelle. La commission siège à cinq. En pratique, les membres suppléants participent aux activités dans les mêmes conditions que les titulaires.

La commission, après avoir procédé, directement ou par commissions rogatoires ou expertises, à toutes les investigations qu'elle estime utiles, statue par une décision motivée, non susceptible de recours. Si elle estime que la demande en révision est susceptible d'être admise, elle saisit la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui statue alors comme Cour de révision.

Devant la commission, 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 avise la partie civile constituée au procès dont la révision est demandée. Celle-ci et son avocat peuvent, dès ce stade de la procédure, présenter toutes observations écrites ou orales. L'usage est également, comme dans un procès pénal, de donner la parole en dernier au requérant ou à son avocat.

L'article 622 du code de procédure pénale énumère limitativement quatre cas d'ouverture à révision. Les trois premiers sont la preuve de l'inexistence d'un homicide, l'existence de condamnations inconciliables et la condamnation d'un témoin pour faux témoignage. Le quatrième cas d'ouverture a été élargi par la loi de 1989 précitée, qui a prévu 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, comme dans l'ancien texte, « d'un fait [...] de nature à établir l'innocence du condamné ». C'est, de loin la cause de révision la plus souvent invoquée.



Lorsqu'elle est saisie par la commission, la Cour de révision statue à son tour, au besoin après de nouvelles investigations, 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.

Si elle estime la demande fondée, elle 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 est impossible de procéder à de nouveaux débats, par exemple en cas de décès du condamné ou de prescription de l'action publique, 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, selon la procédure prévue par les articles 149-1 et suivants du code de procédure pénale.

En 2010, la commission a été saisie de 133 nouvelles requêtes, c'est pratiquement le même nombre qu'en 2009 et très proche de la moyenne annuelle, qui, depuis 1989, est de 138 requêtes.

Sur un total de 109, les décisions rendues en 2010 se répartissent en 74 décisions d'irrecevabilité, 2 de désistement, 29 de rejet et 4 de transmission à la Cour de révision, dont une en matière criminelle.

Les affaires restant à examiner au 31 décembre sont au nombre de 93.

## Observations

Le taux élevé des décisions d'irrecevabilité, qui concernent les affaires où aucun cas d'ouverture n'est établi, ni même parfois allégué, montre que beaucoup de requêtes sont peu sérieuses et n'ont aucune chance d'aboutir. Pour jouer son rôle de filtre, la commission doit cependant à chaque fois procéder à un examen complet de la demande, souvent après des investigations confiées à un rapporteur.

Par ailleurs, la commission rencontre toujours des difficultés, déjà signalées dans les rapports précédents, pour prononcer dans les demandes de révision en matière criminelle. En effet, en l'absence de notes d'audiences détaillées et de motivation des arrêts des cours d'assises, il est souvent bien difficile d'apprécier la nouveauté des faits ou des éléments invoqués à l'appui de la demande ainsi que l'importance qu'ils auraient pu avoir dans l'appréciation de la culpabilité du requérant.

Il convient de rappeler que l'article 308 du code de procédure pénale permet au président de la cour d'assises d'ordonner l'enregistrement sonore des débats. Dans des affaires graves et difficiles, cet enregistrement serait utile à l'instruction d'une requête en révision.

La destruction trop rapide des pièces à conviction, par application des dispositions de l'article 44-1 du code de procédure pénale, en faisant obstacle à des expertises complémentaires

## CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

rendues possibles par le progrès scientifique, peut aussi parfois entraver le travail de la commission.

Ainsi, dans un dossier criminel, examiné en 2010 par la commission et dont a été saisi la Cour de révision, tous les scellés, y compris l'arme du crime, ont malheureusement été détruits.

Au contraire, des expertises génétiques, réalisées en 2008 à la demande de la commission, ont permis d'identifier l'empreinte ADN d'un tiers. Ces expertises n'auraient jamais pu avoir lieu si les pièces à conviction, qui avaient été saisies en 2002, avaient été détruites dans le délai légal.

Il serait donc utile que les magistrats du parquet veillent à conserver spécialement les scellés dans les affaires criminelles les plus lourdes.

Enfin, à l'heure où est à l'ordre du jour l'obligation de motiver les décisions des cours d'assises, au regard des droits de l'homme et des exigences du procès équitable, il faut souhaiter que les besoins de la procédure de révision soient également mieux pris en considération par la loi et la jurisprudence.

10

**Commission de  
réexamen d'une  
décision consécutif  
à un arrêt CEDH**



Commission de réexamen d'une décision  
consécutif à un arrêt CEDH

**COMMISSION DE REEXAMEN**  
(articles 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	
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
2010	0	0	0							0

## **ACTIVITÉ 2010 DE LA COMMISSION DE RÉEXAMEN**

En 2010, la commission n'a eu à connaître d'aucune affaire.

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.

11

**Relations  
internationales**





## **RELATIONS INTERNATIONALES 2010**

### **A – RELATIONS BILATÉRALES**

#### **I – Conventions de jumelage**

##### **Convention de jumelage avec la Cour suprême d'Algérie (15 janvier 2002)**

Le 12 avril, à la demande de la Cour suprême algérienne, M. Henri Blondet, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation, s'est rendu à Alger pour intervenir au cours d'une journée d'étude portant sur la responsabilité pénale médicale.

Du 24 au 26 novembre, M. Kaddour Berradja, premier président de la Cour suprême d'Algérie, et M. Mohamed Guettouche, procureur général près la Cour suprême d'Algérie, ont participé à la célébration du bicentenaire du code pénal.

##### **Convention de jumelage avec la Cour suprême de cassation de Bulgarie (19 mars 2010)**

Le 19 mars, à Dublin, à l'occasion de la réunion du réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, le premier président Vincent Lamanda a signé une convention de jumelage avec la Cour suprême de cassation de la République de Bulgarie représentée par son président, M. Lazar Gruev.

##### **Convention de jumelage avec la Cour de cassation d'Égypte (14 mai 2001)**

Les 9 et 10 mai, M. Christian Charruault, président de la première chambre civile de la Cour de cassation, M. Michel Arnould, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation, Mme Françoise Monéger, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation et Mme Agnès Maitrepierre, conseiller référendaire à la chambre commerciale de la Cour de cassation, ont participé à un séminaire franco-égyptien organisé par la Cour de cassation égyptienne ayant pour thème le rôle des Cours de cassation égyptienne et française dans l'application des normes de droit international.

Du 25 octobre au 5 novembre, la Cour de cassation a reçu en visite de travail une délégation de magistrats de la Cour de cassation égyptienne.

Du 24 au 26 novembre, le Dr. Serry Mahmoud Siam, premier président de la Cour de cassation d'Égypte, a participé à la célébration du bicentenaire du code pénal.

##### **Convention de jumelage avec la Cour de cassation du Liban (21 décembre 2001)**

Du 1<sup>er</sup> au 12 février, la Cour de cassation a reçu en visite de travail une délégation de magistrats de la Cour de cassation libanaise.

## CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

Du 24 au 26 novembre, M. Ghaleb Ghanem, premier président de la Cour de cassation du Liban, a participé à la célébration du bicentenaire du code pénal.

### **Convention de jumelage avec la Cour suprême de Lituanie (28 février 2007)**

Les 7 et 8 octobre, à Vilnius, M. Jean-Louis Gillet, président de chambre, et M. Barthélemy Albertini, conseiller à la chambre commerciale de la Cour de cassation, ont participé à un séminaire sur les procédures collectives et de surendettement organisé par la Cour suprême de Lituanie à Vilnius.

### **Convention de jumelage avec la Cour suprême du Madagascar (19 octobre 2007)**

Du 22 au 26 novembre, au titre de la convention de jumelage, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, et M. Jean-Louis Nadal, procureur général près ladite Cour, ont reçu Mme Clémentine Rajaonera Delmotte, premier président de la Cour suprême de Madagascar. À cette occasion, Mme Clémentine Rajaonera Delmotte a participé à la célébration du bicentenaire du code pénal.

Du 13 au 17 décembre, la Cour a reçu en visite de travail M. Modeste Randrianantenaina, conseiller à la Cour suprême de Madagascar.

### **Convention de jumelage avec la Cour suprême du Maroc (5 septembre 1995)**

Au cours de l'année, la Cour de cassation a reçu en visite de travail, du 12 au 16 avril, une délégation de magistrats et de fonctionnaires de la Cour suprême du Royaume du Maroc, puis du 6 au 10 décembre, une nouvelle délégation de magistrats et de fonctionnaires de la Cour suprême du Maroc.

Du 24 au 26 novembre, M. Mustapha Farès, premier président de la Cour suprême du Maroc, a participé aux célébrations du bicentenaire du code pénal.

### **Convention de jumelage avec la Cour suprême de la République dominicaine (29 juin 2004)**

Le 23 mars, 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. Radhames Jimenez Pena, procureur de la République dominicaine, en présence notamment de Mme Laura Faxas, ambassadeur de la République dominicaine à Paris.

Du 24 au 26 novembre, M. Jorge A. Subero Isa, président de la Cour suprême de la République dominicaine, a participé à la célébration du bicentenaire du code pénal.

### **Convention de jumelage avec la Cour suprême du Sénégal (21 mai 1999)**

Au cours de l'année, la Cour de cassation a reçu en visite de travail plusieurs délégations de magistrats de la Cour suprême du Sénégal, du 25 au 29 janvier, du 1<sup>er</sup> au 12 février et du 25 octobre au 5 novembre.

Le 19 avril, la Cour de cassation a reçu une délégation de magistrats de la Cour suprême du Sénégal conduite par Mme Fatou Habibatou Diallo, président de la chambre administrative.

Du 26 au 28 mai, M. Jean-Louis Gillet, président de chambre à la Cour de cassation et secrétaire général de l'Association des hautes juridictions de cassation ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), et Mme Catherine Bolteau-Serre, magistrat chargé des relations internationales auprès du premier président de la Cour de cassation, ont participé aux journées d'études organisées par la Cour suprême du Sénégal sur le thème de la technique de rédaction des arrêts devant la Cour de cassation et le Conseil d'État. Étaient également présents Me Didier Le Prado, président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, et M. Nicolas Boulouis, maître des requêtes au Conseil d'État.

Le 28 juin, le directeur de l'administration pénitentiaire du Sénégal, M. Cheikh Tidiane Diallo, a été reçu par M. Gilles Straehli, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation, et M. Laurent Davenas, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Du 24 au 26 novembre, M. Papa Oumar Sakho, premier président de la Cour suprême du Sénégal, et M. Mamadou Badio Camara, président de la chambre criminelle de la Cour suprême du Sénégal, ont participé à la célébration du bicentenaire du code pénal.

Du 6 au 8 décembre, M. Alain Lacabarats, président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, a animé un séminaire organisé par la Cour suprême du Sénégal sur les techniques de rédaction des arrêts de cassation et l'enrichissement des arrêts.

### Convention de jumelage avec la Cour suprême d'Ukraine (8 juillet 2009)

Le 1<sup>er</sup> juillet, une délégation ukrainienne comprenant notamment des magistrats de la Cour suprême d'Ukraine a été reçue à la Cour par M. Dominique Dulin, conseiller doyen à la chambre criminelle de la Cour de cassation et M. Yves Charpenel, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, sur le thème de la lutte contre la corruption.

## II – Europe

### Allemagne

Le 10 juin, la Cour de cassation a reçu la visite d'une délégation de soixante-dix membres de la Cour fédérale de justice d'Allemagne (*Bundesgerichtshof*) à l'occasion du soixantième anniversaire de la Cour.

Le 22 octobre, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, a reçu la visite d'une délégation de magistrats des Cours fédérales allemandes conduite par M. Tolksdorf, président de la Cour fédérale d'Allemagne, sur la question prioritaire de constitutionnalité.

### Albanie

Le 28 juin, Mme Sylvie Ménotti, secrétaire général du premier président de la Cour de cassation, et M. Peimane Ghaleh-Marzban, secrétaire général du procureur général près la

Cour de cassation, ont reçu une délégation du Conseil supérieur de la justice albanais sur le thème du fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature français.

### Arménie

Du 25 au 28 mai 2010, M. Yves Charpenel, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, s'est rendu à Erevan, à l'invitation de la Commission européenne, pour animer, avec d'autres experts européens (belge, slovaque, italien et hongrois), un atelier sur le thème du rôle du parquet dans la lutte contre la corruption publique. L'Union européenne a développé une coopération avec l'Arménie jusqu'alors tournée vers les aspects économiques, mais qui s'étend désormais au secteur judiciaire, et plus particulièrement à la réforme du parquet, pierre angulaire d'un système judiciaire en cours de rénovation, et cherchant la compatibilité avec les principes du Conseil de l'Europe – Recommandation Rec (2000) 19 du Conseil de l'Europe du 6 octobre 2000.

Le 18 octobre, M. Vincent Vigneau, conseiller référendaire chargé de la procédure auprès du premier président, a reçu la visite d'une délégation d'avocats arméniens au titre du programme commun entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe intitulé « Soutien à l'accès à la justice en Arménie ».

Le 8 décembre, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, et M. Vincent Vigneau, conseiller référendaire chargé de la procédure auprès du premier président, ont reçu une délégation de magistrats arméniens conduite par le président de la Cour de cassation d'Arménie, M. Arman Mkrtumyan.

### Belgique

Les 18 et 19 octobre, Mme Françoise Nési, conseiller référendaire à la troisième chambre civile, s'est rendue à Bruxelles afin de participer à la conférence annuelle du Forum des juges européens pour l'environnement, dont elle est le secrétaire général.

Le 28 octobre, une délégation de magistrats de la chambre criminelle de la Cour de cassation, conduite par M. Vincent Lamanda, premier président, s'est rendue à Bruxelles pour participer à la seconde édition des journées franco-belges. Les échanges ont porté sur les relations entre la Cour de cassation, le juge du fond et le juge constitutionnel et les suites de l'arrêt *Salduz* de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 novembre 2008 relatif à la présence obligatoire de l'avocat dès la première audition de police.

Du 24 au 26 novembre, M. Jean de Codt, président de section à la Cour de cassation de Belgique, et M. Marc de Swaef, premier avocat général à la Cour de cassation de Belgique, ont participé à la célébration du bicentenaire du code pénal.

### Bulgarie

Le 18 novembre, M. Jacques Mouton, président de chambre, directeur du service de documentation, des études et du rapport, représentant le premier président Vincent Lamanda, s'est rendu en Bulgarie à l'occasion du cent trentième anniversaire de la Cour suprême de cassation de Bulgarie.

## Hongrie

Le 13 janvier, à la demande du service des affaires européennes et internationales du ministère de la justice, une délégation hongroise a effectué une visite de travail à la Cour de cassation sur le thème de la dématérialisation des procédures.

Du 7 au 9 mars, M. Yves Charpenel, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, s'est rendu à Budapest, en représentation de M. le procureur général, pour assister à une conférence, organisée par le parquet général de Hongrie, avec le soutien de la Commission européenne, afin de restituer les résultats d'un questionnaire transmis en 2008 sur le thème de la responsabilité civile des ministères publics.

## Italie

Le 20 janvier, M. Alain Lacabarats, président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, s'est rendu à Rome pour participer à un colloque sur le thème de la motivation des arrêts organisé à la Cour suprême de cassation italienne.

Le 5 mars, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, a assisté à une conférence organisée par le Conseil national italien des barreaux, sur le thème du pourvoi en cassation, qui s'est tenue à Rome.

Du 24 au 26 novembre, M. Ernesto Lupo, premier président de la Cour suprême de cassation d'Italie, et M. Vitaliano Esposito, procureur général près la Cour suprême de cassation d'Italie, ont participé à la célébration du bicentenaire du code pénal.

## Portugal

Du 14 au 18 septembre, Mme Sylvie Mandel, conseiller à la chambre commerciale de la Cour de cassation, s'est rendue à Lisbonne pour participer à un colloque des juges européens des brevets.

## Roumanie

Le 14 avril, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, a reçu une délégation de hauts magistrats roumains venue recueillir des informations sur l'évaluation des magistrats et la formation professionnelle.

## Russie

Le 13 septembre, M. Guy Rivière, conseiller à la première chambre de la Cour de cassation, a reçu une importante délégation russe à l'occasion du colloque et du séminaire organisés à Paris par le Conseil supérieur du notariat, les 14 et 15 septembre, sur le thème de « La sécurité juridique au service du développement économique ». À cette occasion, M. le premier président Vincent Lamanda a prononcé le discours d'ouverture du colloque. M. Daniel Tricot, président de chambre honoraire, et M. Vincent Vigneau, conseiller référendaire chargé de la procédure auprès du premier président de la Cour de cassation, sont également intervenus.

## CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

Le 15 septembre, M. le premier président Vincent Lamanda a reçu une délégation de juges de la Cour de Saint-Petersbourg, en présence de M. Alain Nuée, premier président de la cour d'appel de Versailles, jumelée avec celle de Saint-Petersbourg.

### Serbie

Le 18 février, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, et M. Jean-Louis Nadal, procureur général près ladite Cour, se sont entretenus avec Mme Nata Mesarovic, premier président de la Cour de cassation de Serbie, et Mme Zagorka Dolovac, procureur général de Serbie, à l'occasion d'une conférence des inspections judiciaires des pays de l'Union européenne organisée par l'inspection générale des services judiciaires, le 19 février 2010.

### Turquie

Le 29 septembre, la Cour de cassation a reçu la visite de M. Hassan Gerceker, premier président de la Cour de cassation de Turquie, en présence de M. Christine Codol, magistrat, conseiller juridique à l'ambassade de France en Turquie.

Du 1<sup>er</sup> au 3 novembre, M. le premier président Vincent Lamanda s'est rendu à Istanbul pour participer au sommet international des Cours de cassation du monde.

Le 8 décembre, M. le procureur général Jean-Louis Nadal a reçu M. Aykut Cengiz Engin, procureur général d'Istanbul, et M. Ates Hasan Sozen, procureur général adjoint d'Istanbul, dans le cadre d'une visite organisée par le ministère de la justice français.

## III – Afrique

### Burkina Faso

Le 22 mars, à la demande du Conseil d'État, la Cour de cassation a accueilli une délégation de magistrats du Burkina Faso.

### Centrafrique

Du 6 au 17 décembre, la Cour de cassation a reçu en visite de travail M. Étienne Koyague, conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation centrafricaine, et M. Léon Dincpi, premier avocat auprès de ladite Cour.

### Éthiopie

Le 21 octobre, M. Vincent Vigneau, magistrat chargé de la procédure auprès du premier président, a reçu une délégation de magistrats éthiopiens.

### Maroc

À la demande du service des affaires européennes et internationales du ministère de la justice, deux délégations de magistrats marocains ont été reçues à la Cour de cassation pour

des visites de travail en matière de droit de la presse, respectivement le 5 mars et le 4 juin, par M. Jean-Pierre Gridel, conseiller doyen à la première chambre civile de la Cour de cassation, et Mme Dominique Guirimand, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Du 6 au 8 octobre, Mme Françoise Monéger, conseiller à la première chambre civile de la Cour de cassation, s'est rendue au Maroc pour participer à un séminaire international sur « Les convergences des politiques juridiques pour un développement commun dans l'espace euro-méditerranéen ».

### **Mauritanie**

Le 31 mai, M. Mohameden Bah Hamed, secrétaire général de la Cour suprême de Mauritanie s'est entretenu avec M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, et M. Jean-Louis Nadal, procureur général près ladite Cour.

### **Rwanda**

Le 29 juin, une délégation composée de M. Jean Damascene Habimana, secrétaire général de l'organe national de poursuites judiciaires au Rwanda, Mme Angélique Habyarimana et M. Éric Munyaneza Nkwaya, inspecteurs du parquet national du Rwanda, a été reçue par Mme Sylvie Menotti, secrétaire général du premier président de la Cour de cassation, et M. Peimane Ghaleh-Marzban, secrétaire général du procureur général près la Cour de cassation.

### **Sénégal**

Le 29 octobre, M. Didier Guérin, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation et M. Yves Charpenel, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, ont reçu M. Abdoulaye Ba, procureur général près la cour d'appel de Dakar, et M. Ousmane Diagne, procureur de la République du tribunal hors classe de Dakar.

### **Tchad**

Du 12 au 16 avril, la Cour de cassation a reçu en visite de travail Mme Irène Dorkemnodji, président du tribunal du travail et de la sécurité sociale de N'Djaména.

Du 7 au 12 novembre, M. Serge Petit, avocat général à la troisième civile de la Cour de cassation, a participé à une session de formation à la Cour suprême de N'Djaména, dans le cadre du programme européen Prajust (Programme d'appui à la justice au Tchad), sur le thème de la rédaction des arrêts et rapports.

## **IV – Amériques**

### **Brésil**

Du 6 au 10 décembre, M. Laurent Jacques, conseiller référendaire à la troisième chambre civile de la Cour de cassation, a participé au 1<sup>er</sup> colloque environnemental de juges entre la France et le Brésil.

## Costa Rica

Le 8 avril, M. Christian Raysseguier, premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, s'est déplacé au Costa Rica pour clôturer le programme européen sur « La qualité de la justice », l'un des volets du programme européen Eurosociété, à la demande du ministère de la justice français, et a rencontré le premier président et le procureur général de la Cour suprême costaricaine.

## États-Unis

Les 18 et 19 novembre, M. Vincent Vigneau, conseiller référendaire chargé de la procédure auprès du premier président de la Cour de cassation, s'est rendu à la Cour suprême des États-Unis à Washington.

Le 14 décembre, M. Alain Lacabarats, président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, a reçu M. Samuel Alito, juge à la Cour suprême des États-Unis.

## V – Asie

### Chine

Le 14 janvier, Mme Claire Favre, présidente de la chambre commerciale de la Cour de cassation, s'est rendue en Chine pour participer au 21<sup>e</sup> séminaire du Conseil supérieur du notariat.

Les 14 et 15 janvier, Mme Frédérique Agostini, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation, s'est rendue à Shanghai, à l'université de finance et d'économie, pour participer à un colloque organisé par l'Association pour l'étude et la recherche juridique franco-chinoises (AERJFC) en collaboration avec la faculté de droit de l'université Paris Descartes et la Fondation du droit continental, au titre du dialogue franco-chinois sur le droit de l'environnement.

Les 14 et 15 mai, M. Yves Charpenel, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, s'est rendu à Macao, pour participer à une conférence organisée par l'Union internationale des avocats sur le thème général de « La corruption et l'État de droit ». Il a lui-même fait plusieurs interventions sur la question du jugement des affaires de corruption, de la restitution des avoirs illicites et de la place de la victime.

Le 4 juin, M. Yves Charpenel a également reçu une délégation composée de personnels administratifs du district de Haidian de la ville de Beijing, sur le thème de la lutte contre la corruption, et dans le cadre des relations privilégiées et bilatérales avec les autorités judiciaires.

Le 18 juin, M. Yves Charpenel a reçu une délégation composée de membres de la Commission de surveillance de la ville de Shenzhen, de la province du Guangdong, toujours sur le thème de la lutte contre la corruption en France.



Le 6 septembre, une délégation d'universitaires conduite par M. Ma Huaide, vice-président de l'université des sciences politiques et juridiques de la Chine (USPJC) a été reçue à la Cour de cassation.

Le 27 septembre, M. Yves Charpenel, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, a reçu une délégation du parquet national de la province du Liaming, pour un échange sur la procédure pénale et la lutte anti-corruption.

Du 14 au 23 octobre, à l'invitation du Conseil supérieur du notariat, M. Alain Lacabarats, président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, s'est rendu en Chine pour représenter M. Vincent Lamanda, premier président.

Du 15 au 23 octobre, M. Tony Moussa, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, s'est rendu en Chine au titre des échanges entre les autorités chinoises et la Chambre nationale des huissiers de justice français, pour présenter le système français de l'exécution forcée.

Le 21 octobre, M. Xavier Prétot, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, a reçu une délégation de décideurs publics de la province du Jiangsu, au titre de la coopération internationale de l'École nationale d'administration avec la Chine.

### Corée du Sud

Le 8 juin, M. Dong Heub Lee et M. Hae-Bin Park, juges à la Cour constitutionnelle de Corée, ont été reçus à la Cour de cassation par M. Alain Lacabarats, président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation.

### Japon

Le 15 novembre, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, ainsi que M. Alain Lacabarats, président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, et M. Christian Charruault, président de la première chambre civile de la Cour de cassation, ont reçu M. Takeuchi, juge à la Cour suprême du Japon, et M. Takashi, conseiller à la cour d'appel de Nagoya.

### Philippines

Le 15 avril, M. Romel Bagares, directeur du centre de droit international à Manille, a été reçu à la Cour de cassation. Cette visite était organisée par le ministère des affaires étrangères au titre du programme dit « des personnalités d'avenir ».

### Vietnam

Du 9 au 14 avril, M. Pierre Chevalier, avocat général référendaire à la première chambre civile, s'est rendu à Hanoi, à l'invitation du ministère de la justice vietnamien, relayé par la Maison du droit vietnamo-française, pour participer à un séminaire d'étude sur le thème de l'expertise judiciaire, dans la perspective d'une réforme du système en vigueur au Vietnam.

## VI – Moyen-Orient

### Égypte

Le 4 juin, à l'occasion de la réunion de l'Association internationale de droit pénal, M. le premier président Vincent Lamanda a reçu M. Ahmed Fathi Sorour, président du Parlement égyptien et le Dr. Serry Mahmoud Siam, premier vice-président de la Cour de cassation d'Égypte, nommé depuis lors premier président de la Cour de cassation égyptienne.

### Émirats arabes unis

Le 20 mai, à la demande du service des affaires européennes et internationales du ministère de la justice, la Cour de cassation a accueilli une délégation de jeunes magistrats de l'Émirat d'Abu Dhabi sur le thème de la découverte du système judiciaire français. Ils se sont entretenus avec M. Jean-Pierre Gridel, conseiller doyen à la première chambre civile de la Cour de cassation, et M. Jean-Dominique Sarcelet, avocat général à la première chambre civile de la Cour de cassation.

### Irak

Le 23 février, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, a accueilli à la Cour, M. Midhat Al-Mahmoud, président de la Cour suprême d'Irak et président du Haut conseil supérieur de la magistrature.

Le 15 mars, à l'initiative de l'École nationale de la magistrature, une délégation de magistrats irakiens a été reçue à la Cour de cassation par M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, et M. Jacques Duplat, premier avocat général à la chambre sociale qui représentait M. le procureur général, en présence de Son Excellence M. Mowafak Abboud, ambassadeur d'Irak en France.

### Israël

Les 11 et 12 octobre, M. Michel Blatman, conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation, a participé à la XVIII<sup>e</sup> réunion des juges européens du travail au niveau des Cours suprêmes, qui se tenait à Jérusalem.

### Jordanie

Les 15 et 16 février, M. Alain Lacabarats, président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, M. Christian Raysseguier, premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, ont participé à la 2<sup>e</sup> conférence sur les systèmes judiciaires, organisée par le ministère de la justice jordanien.

Du 27 juin au 1<sup>er</sup> juillet, M. Tony Moussa, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, s'est rendu à Amman pour une mission d'expertise en matière de procédure civile.

Du 25 au 27 octobre, Mme Marie-Hélène Tric, conseiller doyen à la chambre commerciale de la Cour de cassation, et Mme Marie-Louise Desgrange, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation, sont intervenues, lors d'un séminaire destiné aux juristes francophones des pays du Moyen-Orient, qui se tenait à Amman.

Du 2 au 5 novembre, M. Michel Mazard, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, s'est rendu à Amman, pour assister au 8<sup>e</sup> colloque juridique annuel organisé par l'Institut judiciaire (l'équivalent de l'École nationale de la magistrature) sur le thème des « Peines alternatives à l'emprisonnement ». Son intervention portait sur « Le cadre légal des alternatives en France ».

### Liban

Le 22 septembre, à la demande du Conseil d'État, la Cour de cassation a reçu une délégation de conseillers d'État libanais.

Le 18 novembre, M. Tony Moussa, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, a reçu Mme Amal Abdallah, responsable adjointe de la filière francophone de droit à l'université libanaise, à l'occasion de sa visite au ministère des affaires étrangères et européennes.

### Palestine

Le 15 juin, M. Farid Jallad, président de la Cour suprême de Palestine et du Conseil supérieur de la magistrature, accompagné de M. Naim Abou Lhommos, secrétaire général du cabinet du Premier ministre, et M. Fayez Bkirat, chef de l'unité législative de l'Institut de droit de l'université de Birzeit, ont été reçus par M. Jacques Mouton, président de chambre et directeur du service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, et M. Tony Moussa, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation.

### Pakistan

M. Jean-Dominique Sarcelet, avocat général à la première chambre civile de la Cour de cassation, a accueilli une délégation du barreau d'Islamabad.

### Qatar

Le 8 février, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, et M. Jean-Louis Nadal, procureur général près ladite Cour, ont accueilli une délégation conduite par M. Masoud Al-Ameri, président de la Cour de cassation du Qatar et du Conseil supérieur des magistrats du siège.

Le 29 juin, puis le 19 octobre, la Cour de cassation a accueilli une délégation de magistrats du Qatar en formation à l'École nationale de la magistrature sur le thème de « La découverte de la justice française ».

## VII – Organisations ou associations internationales, juridictions internationales

### Agence de coopération juridique internationale (ACOJURIS)

M. Tony Moussa, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, a participé à plusieurs séminaires de formation de magistrats libanais en matière de droit civil et de procédure civile (du 7 au 14 mars, du 8 au 12 novembre et du 6 au 10 décembre).

Du 9 au 14 avril, Mme Agnès Maitrepierre, conseiller référendaire à la chambre commerciale de la Cour de cassation, s'est rendue au Caire pour participer à un séminaire sur les juridictions commerciales.

Le 6 mai, une délégation kosovare conduite par le président de la Cour suprême de la République du Kosovo, M. Fejzullah Hasani, a été reçue à la Cour par M. André Gariazzo premier avocat général à la Cour de cassation, et Mme Françoise Calvez, magistrat au service de documentation, des études et du rapport.

Du 30 juin au 3 juillet, M. Peimane Ghaleh-Marzban, secrétaire général du parquet général de la Cour de cassation, s'est rendu à Beyrouth dans le cadre du projet européen intitulé « Renforcement des capacités du ministère de la justice – Soutien à la professionnalisation », pour participer à une action plus spécifique sur le renforcement institutionnel du ministère de la justice et du barreau. Cette action avait pour thème « Procès pénal et procès équitable – Étude comparative du système libanais et des systèmes européens ». M. Ghaleh-Marzban est intervenu à deux reprises sur « Le droit à une justice efficace et l'exécution des décisions » et sur les « relations entre la police et la justice ».

M. Yves Charpenel, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, s'est rendu à Zagreb à deux reprises (le 15 septembre, puis les 29 et 30 novembre) dans le cadre du projet de jumelage franco-croate, initié par l'Union européenne et relatif à la mise en place d'une agence intergouvernementale anti-corruption, aux fins de présider deux réunions de pilotage.

Le 29 septembre, M. le procureur général Jean-Louis Nadal, assisté de Mme Caroline Viguière, chargée de mission, ont reçu une délégation de magistrats libanais, dans le cadre du projet européen intitulé « Renforcement des capacités du ministère de la justice – Soutien à la professionnalisation », sur le thème de l'expertise et des experts judiciaires.

Le 30 septembre, M. le premier président Vincent Lamanda a accueilli une délégation de magistrats libanais, conduite par M. Chucri Sader, président du Conseil d'État, cette visite s'inscrivant dans le cadre d'une formation prodiguée par ACOJURIS.

Le 18 octobre, M. Yves Charpenel, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, a reçu une délégation libyenne, dans le cadre d'un projet soutenu par l'ONU de soutien de la réforme de la justice pénale en Libye. Son intervention a porté sur les enjeux des réformes pénales en cours en France et sur la problématique de la gestion des parquets.

Du 1<sup>er</sup> au 3 décembre, M. Yves Charpenel s'est rendu à Beyrouth, toujours dans le cadre du projet européen intitulé « Renforcement des capacités du ministère de la justice – Soutien

à la professionnalisation ». Il s'agissait d'un séminaire de répliation destiné à évaluer cinq formateurs en droit pénal précédemment sélectionnés.

Les 16 et 17 décembre, M. Denis Jardel, conseiller à la troisième chambre civile de la Cour de cassation, s'est rendu à Bratislava, en Slovaquie, afin de participer à une réunion de travail pour la mise à jour du lexique juridique franco-slovaque.

## **B – RÉSEAUX**

### **I – Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne ([www.reseau.presidents.eu](http://www.reseau.presidents.eu))**

Le 19 mars, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, s'est rendu à Dublin (Irlande) pour participer à l'assemblée générale du Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, ainsi qu'à la conférence organisée par le Réseau, sur le thème de l'indépendance de la justice. Cette manifestation a été l'occasion d'élire un nouveau président du conseil d'administration du réseau ainsi que de nouveaux membres du Conseil d'administration.

Ainsi, Mme Irmgard Griss, présidente de la Cour suprême d'Autriche, a été élue présidente du Réseau, en remplacement de M. Torben Melchior, président de la Cour suprême du Danemark.

Quatre nouveaux membres du conseil d'administration ont également été élus :

- M. Lazar Gruev, président de la Cour suprême de cassation de Bulgarie,
- M. Ghislain Londers, premier président de la Cour de cassation de Belgique,
- M. Geert Corstens, président de la Cour suprême des Pays-Bas,
- et M. Vincent A. De Gaetano, président de la Cour constitutionnelle et de la cour d'appel de Malte.

Le 21 mai, sur invitation de M. Carlos Divar, président de la Cour suprême d'Espagne, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, et Jean-Louis Nadal, procureur général près de ladite Cour, se sont rendus à Madrid pour participer à la conférence des présidents et procureurs généraux des Cours suprêmes de l'Union européenne sur le thème de « L'importance de l'application pratique de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». M. le procureur général Jean-Louis Nadal a prononcé une allocution sur le thème des « Implications de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en matière pénale ».

Du 15 au 27 novembre, la Cour de cassation a reçu en visite de travail M. Dr. Ulrich Hermann, conseiller à la Cour fédérale de justice allemande, et Mme Luisa Bianchi Bonomo, conseiller à la Cour de cassation italienne, au titre du programme de stage du Réseau des présidents des Cours suprêmes.

Les 13 et 14 décembre, M. le premier président Vincent Lamanda s'est rendu à Florence pour participer à la conférence du réseau des présidents des Cours suprêmes de l'Union européenne relative à la coopération judiciaire entre les Cours suprêmes en Europe et aux États-Unis sous un angle comparatif, ainsi qu'à la réunion du conseil d'administration du Réseau.

## **II – Réseau des procureurs généraux ou institutions équivalentes près les Cours suprêmes judiciaires des États membres de l'Union européenne**

Le 20 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 Madrid pour participer à la troisième conférence du Réseau des procureurs généraux ou institutions équivalentes près les Cours suprêmes judiciaires des États membres de l'Union européenne, sur le thème des perspectives d'un ministère public européen et de ses relations avec les parquets nationaux.

Au terme de cette conférence, M. Peimane Ghaleh-Marzban, secrétaire général du Réseau, a rendu compte de l'activité de celui-ci, notamment dans le cadre des travaux du Forum justice de la Commission européenne, et a envisagé le rôle futur du Réseau des procureurs généraux ou institutions équivalentes ainsi que ses relations avec les autres réseaux dans la perspective du Traité de Lisbonne.

Un nouveau président a également été élu, M. Vitaliano Esposito, procureur général près la Cour suprême de cassation d'Italie, chargé d'organiser la prochaine réunion, au premier semestre 2011.

## **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](http://www.ahjucaf.org))**

Les 21 et 22 juin, M. Alain Lacabarats, président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, a participé au 3<sup>e</sup> congrès de l'AHJUCAF à Ottawa portant sur l'« Internationalisation de la justice – Internationalisation du droit ».

Du 20 au 23 octobre, M. Jean-Louis Gillet, président de chambre, et de M. Guillaume Adreani, greffier, se sont rendus au Canada pour participer à un colloque de l'organisme Éducaloi sur le thème « Dire le droit pour être compris ».

## **IV – Forum des juges commerciaux européens**

Le 24 juin, à l'invitation de M. Vincenzo Carbone, premier président de la Cour de cassation italienne, Mme Marie-Hélène Tric, conseiller doyen à la chambre commerciale, s'est rendue à Rome pour participer à la 6<sup>e</sup> conférence du Forum des juges commerciaux européens

sur le thème de « L'impact de la crise financière sur les relations entre les organismes financiers, les entrepreneurs et les consommateurs ».

## **V – Forum des juges de l'Union européenne pour l'environnement ([http : //www.eufje.org](http://www.eufje.org))**

En février 2010, au titre de l'assistance en vue d'une coopération avec les juges nationaux dans le domaine du droit communautaire de l'environnement, mise en place par la Direction générale de l'environnement de la Commission européenne, et pour laquelle le Forum est membre du comité de pilotage, Mme Françoise Nési, conseiller référendaire à la troisième chambre civile de la Cour de cassation et secrétaire générale du Forum, a suivi le module de formation organisé à Paris, au Conseil d'État, par le *European Institute of Public Administration* (EIRA) sur la législation communautaire en matière de protection de la nature.

Du 12 au 14 avril, à la demande de l'École judiciaire du Conseil général du pouvoir judiciaire espagnol, Mme Françoise Nési s'est rendue à Madrid (Espagne), au titre de la formation des juges espagnols en matière d'environnement. Elle est intervenue sur le thème de la « Protection juridictionnelle des droits de l'homme environnementaux ».

Le 19 mai, à la demande de l'organisation internationale *International Court of the Environment Foundation* (ICEF), Mme Françoise Nési a participé à une conférence internationale sur le thème de « La gouvernance mondiale environnementale » qui s'est tenue à Rome (Italie).

Le 10 juin, Mme Françoise Nési est intervenue au titre d'une formation continue des magistrats organisée par la cour d'appel d'Amiens sur les aspects juridiques du préjudice environnemental, à laquelle participaient également des membres de la Direction générale de l'environnement de la Commission européenne et une conseillère de la cour d'appel de Mons (Belgique), membre du Forum.

Les 18 et 19 octobre, Mme Françoise Nési a participé à l'organisation et à la tenue de la conférence annuelle du Forum qui a eu lieu à Bruxelles sur le thème de la protection de la biodiversité. À cette occasion, à l'initiative du Programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE) et de la Commission européenne, une demi-journée a été consacrée à la mise en place d'un Forum similaire pour les procureurs.





12

**Manifestations  
organisées à la  
Cour de cassation**



## **MANIFESTATIONS ORGANISÉES À LA COUR DE CASSATION EN 2010**

Comme l'an passé, divers colloques et conférences ont été organisés à la Cour de cassation à l'initiative tant de la première présidence que du parquet général.

Les cycles de conférence organisés par la première présidence de la Cour de cassation, au titre de la formation continue déconcentrée de l'École nationale de la magistrature, se sont poursuivis autour des thèmes suivants : « Droit, économie et justice », « Risques, assurances, responsabilités », « Droit et technique de cassation » et « Penser la justice dans l'histoire ».

D'autres conférences, hors cycles, ont été proposées par la première présidence sur des sujets variés (« La lutte contre la drogue et le crime organisé à l'échelon mondial », « Un an d'application du droit des incapables majeurs », « La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale », etc.).

Des actions de formation ont également été initiées par le parquet général de la Cour de cassation dans une double perspective.

D'une part, en direction des magistrats de la Cour de cassation, se sont tenus un colloque dédié à la lutte contre l'exploitation sexuelle à l'occasion du soixantième anniversaire de la Convention des Nations unies contre la traite des êtres humains et l'exploitation de la prostitution d'autrui, et une conférence internationale consacrée aux perspectives d'un ministère public européen, l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1<sup>er</sup> décembre 2009, ayant relancé la construction européenne en matière pénale et posé les jalons d'un futur ministère public européen en charge de la protection des intérêts financiers et fondamentaux de l'Union.

D'autre part, à destination des magistrats de l'ensemble des cours d'appel, des actions de formation s'inscrivant dans une démarche d'ouverture sur l'extérieur ont été organisées autour des thèmes de « La réparation des détentions », de « La formation au pourvoi en cassation » et de la « Diffusion de la jurisprudence de la chambre criminelle ».

L'ensemble de ces manifestations est synthétisé dans le tableau ci-après.

CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

Date	Cycle	Intitulé de la conférence	Intervenants
22 janvier 2010	Parquet général	« Lutter contre l'exploitation sexuelle : état des lieux, réflexions, propositions »	Colloque co-organisé avec la Fondation Scelles – ouverture par M. Yves Charpenel, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation – intervention de représentants des ministères de l'intérieur et de la justice, de magistrats, d'avocats, mais également de Mme Françoise Tulken, juge et président de section à la Cour européenne des droits de l'homme
25 janvier 2010	Droit et technique de cassation	« Le moyen sérieux »	M. Alain Lacabarats, président de la troisième chambre civile de la Cour de cassation
1 <sup>er</sup> février 2010	Droit, économie et justice	« Victor Hugo contre Mickey Mouse, droit d'auteur et copyright : la PLA à l'aube du troisième millénaire »	M. Philippe Chantepie, maître de conférences à Sciences po, et M. Pierre Sirinelli, professeur à l'université Paris I Panthéon Sorbonne
3 février 2010	Droit constitutionnel	« Du contrôle de constitutionnalité <i>a priori</i> au contrôle <i>a posteriori</i> : évolution de la compétence du Conseil et enjeux constitutionnels »	Sous la direction scientifique de M. Dominique Rousseau, professeur à l'université Montpellier I
4 février 2010	Histoire de la justice	« Penser la justice sous l'Antiquité : justice et droit chez Cicéron »	M. Michel Humbert, professeur émérite à l'université Paris II Panthéon Assas
11 février 2010	Parquet général	« Quelles perspectives pour un ministère public européen : protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union »	Conférence co-organisée avec l'Office européen de lutte anti-fraude (OLAF) et l'ENM – ouverture par Mme Michèle Alliot-Marie, ministre d'État, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, et M. Jean-Louis Nadal, procureur général près ladite Cour – interventions de procureurs généraux des États membres de l'Union européenne et de représentants des institutions européennes, mais également de M. Jacques Barrot, ancien vice-président de la Commission européenne, de M. Yves Bot, avocat général à la Cour de justice de l'Union européenne, de Mme Michèle Coninx, vice-président d'Eurojust, de M. Jean-Marie Huet, directeur des affaires criminelles et des grâces, et de M. Jean-François Thony, directeur de l'ENM – conclusion de M. Robert Badinter, sénateur, ancien président du Conseil constitutionnel et ancien garde des sceaux, ministre de la justice
15 et 16 février 2010	Conférence hors cycle	« L'effectivité de la protection juridictionnelle en droit communautaire : le rôle du juge national »	M. David A.O. Edward, professeur émérite à l'université d'Edimbourg, M. Walter Van Gerven, professeur émérite de la Katholieke Universiteit Leuven, avocat général honoraire à la Cour de justice de l'Union européenne, et Mme Diana Wallis, vice-président du Parlement européen
25 février 2010	Conférence hors cycle	« La lutte contre la drogue et le crime organisé à l'échelon mondial »	M. Bernard Leroy, haut fonctionnaire à l'ONU, responsable du programme d'assistance juridique de l'Office des Nations unies contre la drogue et le crime
1 <sup>er</sup> mars 2010	Droit, économie et justice	« Les nouveaux territoires du brevet : biotechnologies, logiciel, <i>business methods</i> »	M. Michel Trommetter, chargé de recherches à l'INRA de Grenoble, et M. Jean-Christophe Galloux, professeur à l'université Paris II Panthéon Assas

Manifestations organisées à la Cour de cassation

Date	Cycle	Intitulé de la conférence	Intervenants
8 mars 2010	Risques, assurances, responsabilités	« Les risques marchands et non marchands : quelles clefs de répartition ? »	M. Michel Bonin, directeur de la Caisse de retraite et de prévoyance des clercs et employés de notaires, M. Savinien Grignon-Dumoulin, conseiller référendaire à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, M. Denys Millet, avocat général à la cour d'appel de Paris, M. Stephan Reuge, directeur général de BTP prévoyance, et M. Pierre Sargos, président de chambre honoraire à la Cour de cassation
11 mars 2010	Histoire de la justice	« Théologie et justice : le juge et son office en droit canonique »	M. Olivier Échappé, président de chambre à la cour d'appel de Versailles, professeur associé en sciences politiques à l'université Lyon III
15 mars 2010	Droit et technique de cassation	« Du moyen sérieux à l'arrêt : la technique de cassation au service du droit »	M. Christian Charruault, président de la première chambre civile de la Cour de cassation, et M. Yves Capron, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation
17 mars 2010	Droit constitutionnel	« Les normes constitutionnelles de référence »	Sous la direction scientifique de M. Dominique Rousseau, professeur à l'université Montpellier I
18 mars 2010	Conférence hors cycle	« Un an d'application du droit des incapables majeurs »	M. Christian Charruault, président de la première chambre civile de la Cour de cassation, Mme Ariane Desporte, vice-président du conseil d'administration de l'université Paris XIII, M. Robert Étien, doyen de la faculté de droit de l'université Paris XIII, M. Thierry Fossier, président de chambre à la cour d'appel de Paris, M. Jean-Pierre Marguenaud, professeur à l'université de Limoges, et M. Emmanuel Putman, professeur à l'université d'Aix-en-Provence
23 mars 2010	Conférence hors cycle	« Les autorités administratives indépendantes : l'attente de la rationalisation »	M. Bernard Stirn, président de la section du contentieux du Conseil d'État, M. Jean-Louis Autin, professeur émérite à l'université de Montpellier I, M. Philippe Dautry, chef de la division du secrétariat du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale, Mme Claire Favre, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation, et M. Jean-Bernard Auby, professeur à Sciences po
31 mars 2010	Droit constitutionnel	« Les conditions de recevabilité de la question prioritaire. Méthodologie rédactionnelle de l'arrêt »	Sous la direction scientifique de M. Dominique Rousseau, professeur à l'université Montpellier I
1 <sup>er</sup> avril 2010	Histoire de la justice	« La justice des lumières : le moment Beccaria »	M. Michel Porret, professeur à l'université de Genève
26 avril 2010	Droit, économie et justice	« Nouveau droit, nouveau mode de résolution des litiges : le nom de domaine et son contentieux »	M. Philippe Gilliéron, professeur associé à l'université de Lausanne, avocat au barreau de Genève
3 mai 2010	Droit et technique de cassation	« La Cour de cassation garante du procès équitable »	Mme Renée Koering-Joulin, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation, M. Thomas Vasseur, conseiller référendaire à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, M. Gilles Thouvenin, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation
5 mai 2010	Droit constitutionnel	« Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité »	Sous la direction scientifique de M. Dominique Rousseau, professeur à l'université Montpellier I

CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

Date	Cycle	Intitulé de la conférence	Intervenants
17 mai 2010	Risques, assurances, responsabilités	« L'information et la protection de la personne garantie »	M. Guillaume Desgens-Pasanau, avocat à la cour d'appel de Paris, M. Éric Haushalter, directeur adjoint, chargé de mission au cabinet du directeur général de la CNAMTS, M. Laurent Leveueur, professeur à l'université Paris II Panthéon Assas, et Mme Frédérique Levasseur, juriste à la CNAMTS
19 mai 2010	Droit constitutionnel	« Le traitement de la question prioritaire par le Conseil constitutionnel »	Sous la direction scientifique de M. Dominique Rousseau, professeur à l'université Montpellier I
27 mai 2010	Histoire de la justice	« La pensée libérale et la justice : Tocqueville et Benjamin Constant »	Mme Marie-France Renoux-Zagamé, professeur à l'université Paris I Panthéon Sorbonne
31 mai 2010	Droit, économie et justice	« La théorie de la valeur saisie par le droit ? La lutte contre le parasitisme »	Mme Anne Perrot, vice-président de l'Autorité de la concurrence, et M. Daniel Tricot, président de chambre honoraire à la Cour de cassation
7 juin 2010	Parquet général	« La réparation des détentions »	Ouverture par M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, et M. Jean-Louis Nadal, procureur général près ladite Cour – interventions, outre des magistrats de la Cour, de M. Jean-Marie Delarue, contrôleur général des lieux de privation de liberté, du Dr Evry Archer, psychiatre, et de M. Pierre Rancé, journaliste
7 juin 2010	Risques, assurances, responsabilités	« La couverture du risque professionnel »	M. Pierre Yves Verkindt, professeur à l'université Paris I Panthéon Sorbonne, M. Michel Ledoux, avocat au barreau de Paris, Mme Fabienne Renault-Malignac, conseiller référendaire à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, et Mme Claire Coutou, conseiller référendaire à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation
30 juin 2010	Parquet général	Diffusion de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : Déplacement à la cour d'appel d'Amiens	M. Henri-Claude Le Gall, conseiller honoraire à la Cour de cassation, et M. Didier Beauvais, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation, M. Christian Raysseguier, premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, et MM. Didier Boccon-Gibod, Robert Finielz et Gilles Lucazeau, avocats généraux à la chambre criminelle de la Cour de cassation
2 juillet 2010	Parquet général	Diffusion de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : Déplacement à la cour d'appel de Rennes	M. Henri-Claude Le Gall, conseiller honoraire à la Cour de cassation, M. Gilles Straehli, conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation, M. Christian Raysseguier, premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, et M. Robert Finielz, avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation
27 septembre 2010	Risques, assurances, responsabilités	« Monopole et assurance »	M. Xavier Prétot, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, Mme Muriel Chagny, professeur à l'université de Versailles Saint-Quentin, Mme Isabelle Pariente, directeur juridique au Centre technique des institutions de prévoyance, et M. Didier Le Prado, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Manifestations organisées à la Cour de cassation

Date	Cycle	Intitulé de la conférence	Intervenants
30 septembre 2010	Conférence hors cycle	« La loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale »	Mme Évelyne Collomp, président de la chambre sociale de la Cour de cassation, Mme Marie-Laure Morin, conseiller en service extraordinaire à la chambre sociale de la Cour de cassation, Mme Pascale Lagesse, avocat au barreau de Paris, Mme Laurence Pécaut-Rivolier, conseiller référendaire à la chambre sociale de la Cour de cassation, M. Paul Henri Antonmattéi, professeur à l'université de Montpellier I, avocat au barreau de Paris
11 octobre 2010	Parquet général	« La formation au pourvoi en cassation »	Ouverture par M. Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation, et M. Jean-Louis Nadal, procureur général près ladite Cour – interventions de M. Henri-Claude Le Gall, conseiller honoraire à la Cour de cassation, M. Gérard Pluyette, conseiller doyen à la première chambre civile de la Cour de cassation, M. André Gariazzo, premier avocat général à la troisième chambre civile de la Cour de cassation, M. Christian Raysseguier, premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, et maîtres Louis Boré et Gilles Thouvenin, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation
2 décembre 2010	Histoire de la justice	« Lecture française et américaine de Montesquieu »	M. Jean-Louis Halpérin, professeur à l'École normale supérieure de Paris
10 décembre 2010	Conférence hors cycle	« Rencontres de procédure civile »	M. Loïc Cadiet, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, membre de l'Institut universitaire de France, Mme Soraya Amrani Mekki, professeur à l'université Paris Ouest Nanterre La Défense, Mme Frédérique Ferrand, professeur à l'université Jean Moulin Lyon III, M. Jean-Claude André, conseiller à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, M. Thierry Le Bars, professeur à l'université de Caen, M. Jacques Pellerin, président de la compagnie des avoués près la cour d'appel de Paris, et six autres intervenants
16 décembre 2010	Histoire de la justice	« Le manuel des étudiants en droit et des jeunes avocats »	M. Jacques Krynen, membre de l'Institut universitaire de France, professeur à l'université de Toulouse I Capitole





13

## **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 conseil fiscal

Dommages de guerre

Droit des personnes et de la famille, à l'exception des pourvois portant sur les articles 9 et 9-1 du code civil, divorce et séparation de corps, pensions alimentaires et garde des mineurs

Droit international privé

Législation en matière de protection des consommateurs, à l'exception du surendettement des particuliers

Nationalité

Obligations et contrats civils, à l'exception des baux portant sur des immeubles et des ventes immobilières, ainsi que de la responsabilité des architectes, entrepreneurs et promoteurs

Ordres professionnels et professions organisées en ce qui concerne leur organisation, leur fonctionnement et leur gestion, à l'exception des honoraires d'avocats

Presse (diffamation, injure, respect de la vie privée et du droit à l'image, respect de la présomption d'innocence) (articles 9 et 9-1 du code civil)

Prises à partie

Prolongation du maintien des étrangers en rétention administrative ou en zone d'attente (articles L. 551-1-1 et suivants et articles L. 221-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile)

Propriété et droits réels mobiliers

Propriété littéraire et artistique

Rentes viagères entre particuliers

## CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

### 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, servitudes, bornage, mitoyenneté...)

Actions possessoires

Ventes d'immeubles

Copropriété

Lotissement

Remembrement

Urbanisme

Contrats d'entreprise et de travaux

Responsabilité des architectes, entrepreneurs et promoteurs

Hypothèques et privilèges immobiliers

Publicité foncière

Construction

Société civile immobilière

Promotion immobilière

Environnement et pollutions

## **CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE**

Assurance crédit

Banques et effets de commerce

Bourse

Cautionnement dans la vie des affaires

## CINQUIÈME PARTIE : ACTIVITÉ DE LA COUR

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)

Recours applicables aux contrats de droit privé relevant de la commande publique

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
<b>PREMIÈRE PARTIE</b>	
<b>SUGGESTIONS DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES OU RÉGLEMENTAIRES</b>	7
I – PROPOSITIONS DE RÉFORME EN MATIÈRE CIVILE .....	9
A – Suivi des suggestions de réforme .....	9
B – Suggestions nouvelles.....	19
II – PROPOSITIONS DE RÉFORME EN MATIÈRE PÉNALE .....	27
A – Suivi des suggestions de réforme .....	27
B – Suggestions nouvelles.....	40
<b>DEUXIÈME PARTIE</b>	
<b>DISCOURS</b> .....	47
DISCOURS PRONONCÉ lors de l’audience solennelle de début d’année judiciaire, le vendredi 7 janvier 2011, par : Monsieur Vincent Lamanda, premier président de la Cour de cassation.....	49
DISCOURS PRONONCÉ lors de l’audience solennelle de début d’année judiciaire, le vendredi 7 janvier 2011, par : Monsieur Jean-Louis Nadal, procureur général près la Cour de cassation.....	55
<b>TROISIÈME PARTIE</b>	
<b>ÉTUDE</b> .....	63
0. AVANT-PROPOS, par Mme Agathe Lepage.....	65
<b>LE DROIT DE SAVOIR</b> .....	93
1. L’INFORMATION IMPOSÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR : LE DROIT D’OBTENIR D’AUTRUI UNE INFORMATION.....	99
1.1. L’OBLIGATION D’INFORMATION .....	99

## Table des matières

1.1.1. Obligation d'information et contrat .....	99
1.1.2. Obligation d'information médicale .....	163
1.1.3. Obligation d'information et droit processuel .....	169
1.1.4. Obligation d'information institutionnelle .....	207
1.2. L'OBLIGATION DE SE JUSTIFIER OU D'EXPLIQUER.....	212
1.2.1. L'obligation de rendre des comptes.....	212
1.2.2. L'obligation de motivation.....	222
<b>2. L'INFORMATION JUSTIFIÉE PAR LE DROIT DE SAVOIR : LE DROIT DE PRENDRE CONNAISSANCE D'UNE INFORMATION .....</b>	<b>239</b>
2.1. LE DROIT DE SAVOIR RECONNU DANS L'INTÉRÊT D'UN PARTICULIER OU D'UNE AUTORITÉ .....	239
2.1.1. Le droit de savoir face à un droit de contrôle sur des informations confidentielles .....	239
2.1.2. Le droit de savoir face aux secrets opposés par leur dépositaire : le droit de savoir et les secrets professionnels.....	256
2.2. LE DROIT DE SAVOIR DU PUBLIC .....	263
2.2.1. Droits de la personnalité et droit de savoir du public .....	264
2.2.2. Infractions de presse et droit de savoir du public .....	281
2.2.3. Liberté d'expression salariale et syndicale et droit de savoir du public .....	289
<b>QUATRIÈME PARTIE JURISPRUDENCE DE LA COUR .....</b>	<b>291</b>
<b>ARRÊTS RENDUS EN ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE ET EN CHAMBRE MIXTE</b>	
<b>Présentation d'ensemble .....</b>	<b>293</b>
A – Assemblée plénière .....	293
B – Chambre mixte .....	295
<b>I – DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE .....</b>	<b>297</b>
A – Divorce .....	297
B – Nationalité.....	298
C – Protection des droits de la personne.....	300
<b>II – DROIT DU TRAVAIL.....</b>	<b>302</b>
Introduction .....	302
A – Contrat de travail, organisation et exécution du travail .....	305
B – Durée du travail et rémunérations.....	317
C – Santé et sécurité au travail .....	318
D – Égalité de traitement, discrimination, harcèlement .....	322
E – Accords collectifs et conflits du travail .....	328
F – Représentation du personnel et élections professionnelles .....	328
G – Rupture du contrat de travail .....	354
H – Actions en justice .....	363



<b>III – DROIT IMMOBILIER, ENVIRONNEMENT ET URBANISME</b> .....	370
A – Expropriation pour cause d'utilité publique .....	370
B – Vente.....	370
<b>IV – ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES, COMMERCIALES ET FINANCIÈRES</b> .....	372
A – Entreprises en difficulté .....	372
B – Droit des sociétés .....	377
C – Droit bancaire .....	382
D – Cautionnement .....	386
E – Impôts et taxes .....	387
F – Transports.....	389
G – Droit de la concurrence.....	390
H – Propriété intellectuelle .....	392
<b>V – RESPONSABILITÉ CIVILE, ASSURANCES ET SÉCURITÉ SOCIALE</b> .....	394
A – Droit de la responsabilité .....	394
B – Sécurité sociale .....	405
<b>VI – PROCÉDURE CIVILE ET ORGANISATION DES PROFESSIONS</b> .....	412
A – Arbitrage .....	412
B – Procédures civiles d'exécution.....	413
C – Séparation des pouvoirs .....	413
<b>VII – DROIT PÉNAL ET PROCÉDURE PÉNALE</b> .....	415
A – Procédure pénale .....	415
B – Droit pénal général .....	440
C – Droit pénal spécial .....	442
D – Droit pénal économique et financier .....	452
<b>VIII – APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE, EUROPÉEN ET INTERNATIONAL</b> .....	464
A – Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales .....	464
B – Conflits de juridictions .....	466
<b>IX – EXAMEN DES QUESTIONS PRIORITAIRES DE CONSTITUTIONNALITÉ</b> .....	473
A – Éléments statistiques .....	473
B – Recevabilité des questions prioritaires de constitutionnalité .....	473
C – La définition du champ d'application de la question prioritaire de constitutionnalité .....	477
D – Critère d'applicabilité au litige ou à la procédure ou de fondement des poursuites .....	481
E – Le caractère sérieux ou nouveau du moyen de constitutionnalité.....	482

Table des matières

<b>CINQUIÈME PARTIE</b>	
<b>ACTIVITÉ DE LA COUR</b> .....	489
<b>1. Statistiques de l'année 2010</b> .....	491
<b>2. Évolution du stock et de la durée des affaires civiles et pénales</b> .....	497
<b>3. Appréciation par chambre de l'activité civile, commerciale et sociale et en matière criminelle</b> .....	503
<b>4. Questions prioritaires de constitutionnalité</b> .....	519
<b>5. Avis de la Cour</b> .....	529
<b>6. Service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation</b> .....	543
<b>7. Bureau d'aide juridictionnelle</b> .....	549
<b>8. Commission nationale de réparation des détentions</b> .....	555
<b>9. Commission de révision des condamnations pénales</b> .....	565
<b>10. Commission de réexamen d'une décision consécutif à un arrêt CEDH</b> .....	571
<b>11. Relations internationales</b> .....	575
<b>12. Manifestations organisées à la Cour de cassation</b> .....	593
<b>13. Attributions des chambres civiles</b> .....	601